

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>401</b>
<b>I.- DE LA TERMINOLOGIE ET DE CERTAINS PRÉJUGÉS.....</b>	<b>406</b>
A. Un peu d'histoire .....	406
B. Un peu de terminologie : l'ancien et le nouveau .....	406
C. La figure parentale significative et la présomption de la maximisation des contacts .....	410
D. La présomption de garde partagée : juridique non ! Factsuelle oui! .....	418
<b>II.- LA GARDE, LE TEMPS PARENTAL ET LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION .....</b>	<b>421</b>
A. Les critères d'attribution de la garde : définir l'intérêt de l'enfant .....	421
B. La maturité et le désir de l'enfant .....	435
C. La garde partagée au stade provisoire ou de l'ordonnance de sauvegarde .....	441
1. Le stade provisoire .....	441
2. L'ordonnance de sauvegarde .....	442
D. La notion de changement.....	443

---

\* L'auteur œuvre au sein du cabinet Lemay, Gladu, Collard (Aide juridique Sherbrooke).

<b>III.– LA GARDE PARTAGÉE ET LA LITTÉRATURE SCIENTIFIQUE .....</b>	<b>445</b>
A. De l'importance de la littérature scientifique.....	445
B. L'effet de la rupture : coup d'œil sur certaines recherches.....	446
<b>IV.– LA GARDE PARTAGÉE ET LES TRIBUNAUX.....</b>	<b>452</b>
A. Les critères de la Cour d'appel.....	452
B. L'application de ces critères par la jurisprudence ...	454
1. La figure parentale principale .....	454
2. La capacité parentale .....	454
3. La communication fonctionnelle, la violence et les indices.....	456
4. La violence .....	457
5. Les indices .....	459
6. La disponibilité comparable.....	472
7. Les valeurs éducatives et le mode de vie.....	473
8. L'aliénation parentale, le parent contrôlant, le conflit d'allégeance grave.....	477
9. L'opinion de l'enfant .....	483
10. L'âge et l'état de santé .....	484
<b>V.– LA GARDE PARTAGÉE ET LA PENSION ALIMENTAIRE .....</b>	<b>485</b>
A. Le barème, une présomption réfragable : quand la garde partagée met en cause le caractère « immuable » du barème.....	486
B. La jurisprudence, la pension alimentaire pour l'enfant et le niveau de vie en garde partagée .....	488
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>494</b>
<b>ANNEXE 1 : PRÉSENTATION DU OURFAMILY@ WIZARD.COM@.....</b>	<b>495</b>
<b>ANNEXE 2 : LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES (MODÈLES) .....</b>	<b>496</b>
<b>ANNEXE 3 : LA COPARENTALITÉ ET LA GARDE PARALLÈLE: TABLEAU SYNTHÈSE .....</b>	<b>507</b>

*Qu'est ce qui vous impressionne  
surtout en Amérique ?*

*C'est la façon dont les parents  
obéissent à leurs enfants.*

– Édouard VII

## INTRODUCTION

- 1 Lorsque nous avons commencé à nous interroger sur la place que prenait la garde partagée depuis le milieu des années 1990, dans le cadre des litiges relatifs à la garde, nous avons effectué un retour en arrière pour constater qu'un tel mouvement s'était développé au début des années 1980 avant de s'éteindre et de connaître une résurgence au milieu des années 1990. Aujourd'hui, nous sommes en présence d'une tendance lourde qui malencontreusement, comme c'est souvent le cas avec les tendances fortes sur le plan social, crée des disciples qui s'interrogent peut-être plus ou moins sur les fondements de ce que l'on qualifie de vague de fond et sur les bénéfices ou les inconvénients d'une façon de faire : on suit le courant, surtout lorsqu'il est fort ! La tendance lourde observée au niveau des tribunaux se porte plutôt sur la garde partagée<sup>1</sup>... visant même les animaux de compagnie<sup>2</sup>.
- 2 Certes, la faveur actuelle attribuée par les tribunaux et par certains auteurs à la garde partagée peut s'expliquer de plusieurs façons, principalement : l'intégration des femmes au marché du travail, une prise de conscience de l'importance de leur rôle de père par ces derniers, les avancées de la

---

<sup>1</sup> Voir l'excellent article de Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 107; JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267; JOYAL, Renée et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) *R. du B.* 281, 293.

<sup>2</sup> *S.A. c. M.D.*, C.S. Longueuil, n° 505-04-011011-038, 6 août 2003, j. Gagnon, à savoir un perroquet. La Cour étudie la question mais décline toute compétence juridictionnelle, voir *Jalbert c. Bernier*, J.E. 2003-1420 (C.S.) où il s'agit d'un chien. Pour une étude plus approfondie du sujet : ROY, Alain, « Papa, Maman, Bébé...et Fido! L'animal de compagnie en droit civil ou l'émergence d'un nouveau sujet de droit » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 131.

psychologie infantile quant à l'importance des contacts parent-enfant, l'arrivée des modes alternatifs de résolution des conflits, dans certains cas une demande de pension alimentaire pour l'enfant<sup>3</sup>, l'ouverture des juges à cette modalité de garde et la résultante : des demandes plus fréquentes pour maintenir des contacts significatifs avec leur enfant. Rappelons que selon les études, environ 70 % à 80 % des enfants de familles séparées vivent sous la garde de leur mère, entre 5 % et 10 % sous celle de leur père et entre 15 % et 20 % se retrouvent dans une modalité de garde partagée<sup>4</sup>. Dans approximativement 10 % des divorces impliquant des enfants, les parents sont incapables de s'entendre sur les modalités de garde et de droits d'accès (ou temps parental) : environ 4 % des décisions concernant la garde d'enfants résulte d'une ordonnance du tribunal à la suite d'un procès<sup>5</sup>. Soulignons que dans plus de 80 % des cas, la modalité de garde fait suite à une entente entre les parties<sup>6</sup>. Cette propension au règlement peut s'expliquer de plusieurs façons dont on ne peut exclure l'existence d'une croyance quant à l'issue possible d'un débat<sup>7</sup> parce que les parties en présence sont en mesure de jauger la position qu'adoptera le tribunal en présence d'une telle situation. Or, l'issue du litige pourra dépendre, en partie à tout le moins, de

<sup>3</sup> KASSIE, Lynne et Kimberley WENGER, «Children: Part of the Family Patrimony? A Commentary to Joint Custody», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, p. 789.

<sup>4</sup> OTIS, Rodrigue, « Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction des différentes modalités de garde: un relevé des écrits expérimentaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, 109, 110. Des données tirées de *L'Étude longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, datant de 1993-94 de Statistique Canada répartissent ainsi les groupes : garde à la mère 86 %, au père 7 % et garde partagée 6 %. Au même effet, BOYD, Susan B., « Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption », (1990-91) 7 *C.F.L.Q.* 1, 4; GAVIGAN, Shelley A.M., « Book review of Susan B. Boyd, *Child Custody, Law, and Women's Work* », dans 20 *Rev. Can. D. Fam.* 229; GOUBAU, Dominique, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 107.

<sup>5</sup> GAVIGAN, Shelley A.M., « Book review of Susan B. Boyd, *Child Custody, Law, and Women's Work* », dans 20 *Rev. Can. D. Fam.* 229

<sup>6</sup> STAMPS, Leighton E., « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce and Remarriage*, 1.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 10, ce que certains qualifient de: "bargaining in the shadow of the law and the judge's presumption".

l'attitude d'un juge ou de la magistrature à l'égard d'une modalité de garde.

3 La littérature scientifique n'a pas beaucoup progressé ou fourni d'information nouvelle au niveau empirique sur les résultats ou les effets<sup>8</sup> de la garde partagée à moyen et long terme sur les enfants<sup>8</sup>, particulièrement si elle n'est voulue que par une des parties<sup>9</sup>, on s'interroge beaucoup mais il n'y a rien de concluant<sup>10</sup>. À ce jour, nous estimons qu'il y a consensus sur au moins quatre éléments :

4 1. Le meilleur intérêt de l'enfant, à savoir la mesure de son bien tant physique que psychologique, est l'unique critère qui doit servir à prendre une décision le concernant<sup>11</sup>;

5 2. Il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir le maximum de contacts avec chacun de ses parents, toujours en fonction de son meilleur intérêt;

6 3. Le niveau de conflit parental est l'indicateur le plus sûr de la façon dont l'enfant gèrera les conséquences de la rupture, sans égard à la modalité de garde. D'entrée de jeu dans son ouvrage<sup>12</sup>, le docteur en psychologie Otis énonce ce qui suit :

---

8 JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267; GOUBAU, Dominique, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 107; REIFMAN, Alan, Laura C. VILLA, Julie A. AMANS, Vasuki RETHINAM et Tiffany Y. TELESCA, « Children of Divorce in the 1990s: A Meta –Analysis » (2001) 36 *Journal of Divorce and Remarriage* 27; HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1.

9 JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267.

10 HARDCASTLE, G.W., « Joint Custody: A Family Court Judge's Perspective », (1998) 32 *F.L.Q.* 201.

11 Voir les arrêts de la Cour suprême dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 et *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

12 OTIS, Rodrigue, « Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, 109; TOEWS, Michelle L. et Patrick C. MCKENRY, « Court-Related Predictors of Parental Cooperation and Conflict After Divorce », (2001) 35 *Journal of Divorce and Remarriage*, 57; MCCLURE, Thomas E., « Post-judgement Conflict and Cooperation Following Court-Connected Parent Education », (2002) 38 *Journal of Divorce and Remarriage*,

- 7 Dans les familles où il n'y a pas de conflit après le trauma initial de la séparation, les enfants sont aussi bien adaptés émotionnellement que dans les familles intactes.
- 8 Suite à une analyse d'un certain nombre de recherches récentes, le docteur Otis en arrive à la conclusion que les difficultés d'adaptation de l'enfant sont davantage une question de conflits parentaux que de modalités de garde et plus loin, il s'exprime ainsi :
- 9 D'abord, il appert important de préciser trois points sur lesquels il semble y avoir consensus parmi les spécialistes : 1. la présence d'une situation conflictuelle avant et après le divorce est le principal élément responsable des conséquences nocives pour l'enfant à la suite de la séparation de ses parents; donc, une famille stable dont les parents sont séparés est préférable pour un enfant à une famille dont les deux parents sont présents mais en conflit; 2. dans les familles où il n'y a pas de conflit, après le trauma initial de la séparation, les enfants sont aussi bien adaptés émotionnellement que dans les familles avec deux parents; 3. à la suite d'une séparation, il est simpliste et tout à fait erroné de croire que les conséquences sont identiques pour tous les enfants.<sup>13</sup>
- 10 Des commentaires du docteur en psychologie Otis et des études précitées, il appert que les problèmes d'adaptation, autant sociale qu'émotionnelle, sont plutôt influencés par les conflits familiaux entre les parents et qui résultent du divorce que par le divorce lui-même<sup>14</sup> ou encore la modalité de

---

1; DUNNE, John E., E. Wren HUDGINS et Julia BABCOCK, « Can Changing the Divorce Law Affect Post-Divorce Adjustment? » (2000) 33 *Journal of Divorce and Remarriage* 35; JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267.

13 OTIS, Rodrigue, « Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, 109, 119.

14 Deux études récentes réitèrent ce principe: LEE, Mo-Yee, « Post Divorce Interparental Conflict, Children's Contact with Both Parents, Children's Emotional Processus and Children's Behavioral Adjustment », (1997) 27 *Journal of Divorce and Remarriage*, Haworth Press, 61; HAZELTON, Rosemary, William LANCEE et Mary Kay O'NEIL, « The Controversial Long Term Effects of

garde<sup>15</sup>. Le docteur Otis explique cette situation de la façon suivante :

- 11            En l'absence de conflits, l'enfant qui est proche d'un parent est également proche de l'autre parent. Par contre, lorsqu'il y a conflit, on observe généralement que l'enfant prend parti pour l'un ou l'autre de ses parents.<sup>16</sup>
- 12            4. Il n'y a pas de présomption juridique ou scientifique à l'effet que la garde partagée est la modalité de garde à retenir d'emblée, la littérature scientifique étant soit controversée ou inexistante quant aux effets à long terme de la garde partagée sur un nombre significatif d'enfants<sup>17</sup>.
- 13            Après un bref rappel historique et une clarification au niveau des termes utilisés, nous procéderons à une étude approfondie de ce qu'est la garde partagée, en dépoussiérant ce que nous avons pu écrire<sup>18</sup> ou lire antérieurement. Qu'en disent la jurisprudence et la littérature scientifique ? Peut-être serons-nous en mesure d'indiquer, humblement, si le système judiciaire et ses intervenants utilisent, pour préparer le futur des enfants issus de familles brisées, des légendes urbaines (lire préjugés ou fausses conceptions de la réalité) ou des éléments rattachés solidement à la réalité que vivent ces derniers et qui

---

Parental Divorce: The Role of Early Attachment », (1998) 29 *Journal of Divorce and Remarriage*, Haworth Press, 1; HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1, 21.

15            HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1, 23.

16            OTIS, Rodrigue, « Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, 109, 119.

17            TOEWS, Michelle L. et Patrick C. McKENRY, « Court-Related Predictors of Parental Cooperation and Conflict After Divorce », (2001) 35 *Journal of Divorce and Remarriage*, 57. Voir *P.(V.) c. S.(G.)* REJB 2000-21256 (C.A.); *D.W. c. A.G.*, J.E. 2003-1114 (C.A.); *P.(N.) c. A.(B.)*, REJB 2003-46469 (C.S.). Plusieurs États américains ont établi une présomption légale de garde partagée en cas de séparation avec plus ou moins de succès.

18            TÉTRAULT, Michel, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> Édition, 2003, Éd Yvon Blais; TÉTRAULT, Michel, *La garde partagée*, 2000, Carswell ; TÉTRAULT, Michel, « La garde partagée : la contrainte par corps existe-t-elle encore ? » dans *Développements récents en droit familial*, Vol.126, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1999, 83.

tiennent compte de la littérature scientifique sur les questions pertinentes qui concernent leur meilleur intérêt.

## I.- DE LA TERMINOLOGIE ET DE CERTAINS PRÉJUGÉS

### A. Un peu d'histoire

- 14 Dans les pays occidentaux, du début des années vingt jusqu'au milieu des années soixante-dix, la Cour a privilégié la mère comme parent gardien. Afin d'avoir la garde, le père devait en général faire une démonstration que la mère était inapte à s'occuper de l'enfant. La mère était davantage capable que le père de répondre aux différents besoins de l'enfant en bas âge, à cause de son instinct maternel, selon les tribunaux, ce qui est connu comme la doctrine des *années tendres* ; les tribunaux ont par la suite utilisé le critère de la *figure parentale principale* (majoritairement les mères). On utilise de plus en plus fréquemment le vocable « parent de référence ».

### B. Un peu de terminologie : l'ancien et le nouveau

- 15 Tout au long de cet ouvrage, seront utilisés les termes : garde et temps parental<sup>19</sup>, sans distinction, ils renvoient au même concept : la présence physique plus ou moins prolongée de l'enfant auprès d'un parent, ce temps de résidence pouvant être établi également entre les parents, un parent pouvant bénéficier de contacts personnels avec son enfant. Chez les auteurs consultés<sup>20</sup>, il existe un consensus quant à l'utilisation du terme garde (ou temps parental) partagée ou alternée pour définir la situation où la garde est confiée successivement à l'un et à l'autre des parents pour que chacun d'eux, tour à tour,

<sup>19</sup> Pour tenir compte du nouveau langage employé par le législateur fédéral dans son projet de loi C-22 qui modifierait notamment la *Loi sur le divorce*.

<sup>20</sup> MAYRAND, Albert, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique «actuel», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, 19; MAYRAND, Albert, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193; L'HEUREUX-DUBÉ, Claire, « La garde conjointe, concept acceptable ou non ? », (1979) 39 *R. du B.* 835; PRATTE, Marie, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 *R.G.D.* 572; LESAGE, Robert, « Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique », (1988) 91 *R. du N.* 46.



ait l'enfant chez lui pour des périodes de temps égales ou tout au moins comparables. Tout d'abord quelques définitions :

- 16 *Coparentalité* : Renvoie à la coopération, l'implication et à la collaboration entre les père et mère que l'on devrait retrouver en ce qui concerne les décisions concernant l'enfant, tant avant qu'après la rupture. Il s'agit en fait de la mise en pratique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.
- 17 *Garde partagée ou alternée* : S'entend d'une modalité de garde qui tend à favoriser une répartition du temps égale (jusqu'à une proportion de 60/40<sup>21</sup>) que passe un enfant avec chacun de ses parents. Les parents exercent leur pleine autorité parentale sur toutes les questions importantes qui touchent le bien-être de l'enfant.
- 18 *Garde parallèle* : S'entend d'une modalité de garde qui ressemble au plan de la répartition physique du temps à la garde partagée, mais le pouvoir décisionnel et le partage des tâches sont asymétriques, chaque parent se voyant investi de certaines tâches parentales; on peut faire une analogie avec le projet de loi C-22 modifiant la *Loi sur le divorce* où le tribunal peut répartir les responsabilités découlant de l'autorité parentale. Le nom vient des jeux d'enfants : en effet, lorsque deux enfants ne sont pas en mesure de communiquer ou d'entrer en contact, chacun joue de son côté, en parallèle. Ajoutons que ce type de garde se retrouve dans les dossiers où le niveau de tension est particulièrement élevé (« *high conflict* »). Nous avons de la difficulté avec ce dernier concept qui présuppose que l'on peut diviser ou répartir un attribut de l'autorité parentale et exclure totalement un parent de la prise de décision sur un sujet donné, ce que ne prévoit le *Code civil* qu'en des circonstances exceptionnelles (art. 606), le principe voulant plutôt que l'exercice de l'autorité parentale soit conjoint (art. 600 et 605 C.c.Q.)<sup>22</sup>. D'ailleurs, ce type d'ordonnance est actuellement plutôt rare au Québec, quoique l'on puisse concevoir que dans plusieurs unités familiales, les tâches sont réparties et chaque parent est responsable de certains domaines d'intervention relativement à leur enfant. On doit aussi s'interroger sur l'à-propos de placer l'enfant dans une situation qui peut avoir pour résultat une intensification des

<sup>21</sup> C'est d'ailleurs le *ratio* retenu en matière de fixation de pension alimentaire pour enfants pour qualifier la garde de partagée.

<sup>22</sup> *D.W. c. A.G.*, [2003] R.D.F. 547 (C.A.).

conflits parentaux, notamment parce qu'un parent se trouverait exclu du processus décisionnel quant à certains attributs de l'autorité parentale<sup>23</sup>.

19 Nous croyons que les mêmes qualificatifs de répartition pourront s'appliquer au « temps parental » tel que prévu par le projet de loi C-22 visant à modifier la *Loi sur le divorce* et que même si l'utilisation de l'expression garde partagée est appelée à disparaître, le temps passé par l'enfant chez chacun des parents sera matière à débat. Le présent texte conserve donc toute sa pertinence. La question est de savoir si les changements proposés susciteront effectivement un meilleur comportement de la part des parents qui semblent incapables de se préoccuper des besoins de leurs enfants. Les litiges seront-ils moins nombreux ? Ces litiges porteront avant tout sur l'interprétation à donner à la notion de responsabilité parentale et sur l'étendue des droits parentaux. Cette multiplication des litiges tiendra à ce que la nouvelle terminologie suscite des attentes de droits parentaux égaux, sans égard à qui a assumé jusqu'à la rupture la responsabilité réelle des enfants, la figure parentale principale étant souvent la mère. Par ailleurs, il est ironique de constater que les expressions « garde » et « droit de visite » continuent en pratique d'être utilisées par bon nombre de parents et par les juristes des pays où cette nouvelle terminologie a été adoptée.

20 Le projet de loi C-22 pourrait bien générer des incertitudes du même ordre et une multiplication des litiges, dans la mesure où il ne comporte aucune directive quant à la façon de rendre les ordonnances parentales. Il ne conseille pas non plus aux parents, aux juges ou autres décideurs d'éviter de rendre certaines ordonnances dans certaines circonstances, par exemple quand il y a un grave conflit entre les parents ou de la violence conjugale. Conformément aux modèles de l'Angleterre et de l'Australie, le projet de loi C-22 invite les juges à rendre des ordonnances sur la résidence, les contacts ou les questions spécifiques. Les rédacteurs de convention et les tribunaux devront s'assurer de ne pas laisser trop de flou artistique dans les ordonnances parentales pour éviter de créer des litiges. Les

---

<sup>23</sup> Pour plus d'information, voir le site Internet : <http://www.parentingafterdivorce.com/books/parallel.html>; WILSON, Elaine, « Parallel Parenting Stops the Bleeding », site Internet : <http://www.fcs.okstate.edu/publications/resource-update/12-00/fr7-22.htm>; SCOTT, Michael, « Co-Parenting » site Internet : [www.Psychotherapist.com](http://www.Psychotherapist.com).

responsabilités parentales et les ordonnances parentales comprendraient du temps parental établi selon un programme, à moins qu'il ne soit pas nécessaire dans les circonstances, et des responsabilités décisionnelles, soit la responsabilité des décisions importantes concernant les soins de santé, l'éducation et l'éducation religieuse de l'enfant et celle des décisions concernant un aspect particulier de la vie de l'enfant.

21 Quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale (ou des responsabilités parentales), le juge Mayrand<sup>24</sup> le décrit comme un déguisement de l'autorité parentale : il n'implique pas le déplacement physique de l'enfant. Il s'agit en fait d'attributions que leur donne le législateur pour être en mesure de conduire l'enfant à l'âge adulte, de lui inculquer le sens de la discipline et un bon comportement moral, en bref, être autonome. En common law, il est nécessaire pour le parent non gardien, s'il veut exercer son droit de surveillance sur les principales décisions concernant l'enfant, de bénéficier de ce qu'on qualifie de garde conjointe ou « *joint custody* »<sup>25</sup>, ce qui n'est pas le cas en droit civil québécois; cette situation dans les autres provinces serait modifiée à tout le moins en matière de divorce par le projet de loi C-22 relatif à la *Loi sur le divorce*. En droit civil québécois, l'autorité parentale est confiée aux deux parents et la séparation ou le divorce n'ont pas pour effet d'enlever au parent non gardien ce pouvoir de surveillance (art. 605 C.c.Q.), à moins évidemment qu'il ne soit déchu en tout ou en partie de son autorité parentale.

22 En cas de rupture, le Tribunal devra statuer sur la garde de l'enfant. En fonction des procédures entreprises, soit en séparation de corps, en divorce entre conjoints unis civilement ou entre conjoints de fait, on appliquera ou bien les dispositions du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*; il n'en demeure pas moins que le critère d'évaluation commun en matière de garde pour toutes ces législations demeure le meilleur intérêt de l'enfant. Le Tribunal se trouve placé devant

---

<sup>24</sup> MAYRAND, Albert, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique « actuel » », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, 19, 36.

<sup>25</sup> L'adoption des nouveaux concepts contenus dans le Projet de loi C-22 devraient amener une modification de la façon de faire dans les autres provinces, à tout le moins en matière de divorce.

plusieurs choix : la garde exclusive à un parent ou à un tiers, la garde alternée et s'il y a lieu, les droits d'accès.

### C. La figure parentale significative et la présomption de la maximisation des contacts

23 Le quotidien alimente la relation affective et il n'y a pas d'empêchement à ce que les deux parents soient des figures parentales significatives pour l'enfant. Citons le passage suivant de la décision *B.(F.) c. M.(M.)* quant au contenu de la définition de parent de référence :

24 There is more to caretaking than the number of hours spent with the child and attendance at medical appointments and school activities. The evidence has shown that Miss B... is the parent who has taken more initiatives (i.e. orthodontist, nutritionist) and is generally responsible for day-to-day needs: grooming, clothes, birthday presents for friends, clothes, labels for camp, organization of equipment for camp, provision of appropriate stationery for camp with returns stickers, etc., for father, mother and paternal grandmother, purchase of school books and supplies, etc.<sup>26</sup>

25 Les tribunaux utilisent fréquemment ce concept<sup>27</sup> et une revue plus approfondie de la jurisprudence amène presque à

<sup>26</sup> REJB 1997-01771 (C.S.).

<sup>27</sup> Pour des exemples : *Droit de la famille - 3217*, [1999] R.D.F. 118 (maintenu en appel, n° 500-09-007657-992); *Droit de la famille - 3310*, J.E. 99-1063 (C.S.) et *C. c. L.*, REJB 99-12605 (C.S.); *Droit de la famille - 3591*, J.E. 2000-909 (C.S.); *JAN.L. c. JA.T.*, C.S. Abitibi, n° 170-04-000022-007, 31 octobre 2002, j. Duchesne; *C.D. c. P.B.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-04-010114-989, 24 février 2003; *L.F. c. A.M.*, [2002] R.D.F. 719 (C.S.) ou REJB 2002-33735; *T.L. c. D.J.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-024086-012, 9 décembre 2002, j. Mercure; *M.G. c. F.G.É.*, C.S. Montréal, n° 500-12-263718-029, 20 septembre 2002, j. Lefebvre; *P.L. c. D.B.*, C.S. Montréal, n° 500-04-001292-938, 2 décembre 2002, j. Mongeon; *V.T. c. M.C.*, C.S. Montréal, n° 500-12-259909-012, 8 janvier 2003, j. Zigman; *N.T. c. R.L.*, C.S. Alma, n° 160-04-000078-026, 24 mars 2003, j. Banford ou J.E. 2003-741; *C.É.A c. B.A.*, C.S. Montréal, n° 500-12-263899-027, 5 novembre 2002, j. Mercure; *J.M. c. A.J.G.*, C.S. Hull, n° 550-04-007416-023, 1<sup>er</sup> octobre 2002, j. Plouffe; *J.B. c. G.J.R.L.*, C.S. Québec, n° 200-04-007062-001, 17 septembre 2002, j. Blondin; *M.S. c. S.B.*, C.S. Joliette, n° 705-04-007416-023, 6 juin 2002, j. Trudel (requête en rejet d'appel accueillie 30 septembre 2002); *Á.M. c. J.F.L.*, C.S. Mingan, n° 650-04-001542-020, 13 janvier 2003, j. Corriveau; *R.L. c. V.L.*, C.S. Roberval, n° 155-04-000063-960, 5 septembre 2002, j. Legris; *M.L. c. M.A.L.*, C.S. Kamouraska,

déceler l'existence d'une présomption de fait à l'égard du parent qui a été et est la figure parentale principale auprès de l'enfant sur une période de temps significative et, à défaut de qualifier de « présomption » cette position des tribunaux, il s'agit d'un critère auquel ils attachent une grande importance. D'ailleurs le projet de loi C-22 en fait un élément à considérer pour évaluer le meilleur intérêt de l'enfant.

26 Il en résulte, pour le parent qui n'a pas été la figure parentale principale, un fardeau de preuve particulièrement lourd à porter en ce qu'il devra démontrer l'incapacité parentale du parent qui a agi à titre de figure parentale principale; or la jurisprudence consultée démontre que la contestation de la capacité parentale pendant la cohabitation ou suite à la rupture n'est pas une démarche appréciée des tribunaux à moins, bien sûr, de démontrer par des éléments probants l'incapacité de l'autre parent à prendre charge de l'enfant sur une base quotidienne<sup>28</sup>. N'oublions pas que se rattachent au parent de référence les éléments de stabilité<sup>29</sup> et de disponibilité que les tribunaux considèrent comme des critères importants dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, le parent de référence a généralement su centrer son attention sur les besoins de l'enfant.

27 Le concept du parent de référence a été vu et lu de plus en plus depuis la fin des années soixante-dix en jurisprudence. Certains diront qu'il a permis de rendre plus objective la décision relative à la garde; d'autres l'ont vu comme un moyen commode de ne plus citer la doctrine dite de «l'âge tendre» qui favorisait l'attribution de la garde à la mère dans les litiges impliquant des enfants de sept ans et moins, sauf à démontrer son incapacité parentale.

---

n° 250-04-001298-028, 27 septembre 2002, j. Bouchard; *C.B. c. P.L.*, C.S. Témiscamingue, n° 610-12-000829-011, 25 avril 2002, j. Guertin.

28 *Y.T. c. D.C.E.*, C.S. St-Hyacinthe, n° 750-12-011103-020, 8 août 2002, j. Senécal, quant aux risques de soulever l'incapacité parentale de l'autre parent sans avoir d'éléments de preuve sérieux.

29 *L.M. c. N.C.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004103-010, 3 mars 2003, j. Richard; *R.V. c. S.B.*, C.S. Roberval, n° 155-04-000119-028, 31 octobre 2002, j. Duchesne; *P.H. c. A.G.*, C.S. Arthabaska, n° 415-04-001266-016, 13 février 2002, j. Allard: l'absence d'une référence stable est l'une des difficultés de la garde partagée, surtout lorsque les enfants sont en bas âge, en l'espèce l'enfant est âgé de quatre ans. *S.L. c. P.H.*, C.S. Hull, n° 550-04-005069-998, 6 mars 2002, j. Trudel.

28            Que doit-on entendre par « figure parentale principale » ou « parent de référence » (*primary parenting*) ? Selon la littérature consultée, la figure parentale principale accomplit les tâches suivantes, en plus de prendre des décisions concernant le mieux-être de l'enfant et de le guider vers une plus grande autonomie :

- ◆ Préparer et planifier les repas.
- ◆ Donner le bain et les autres soins relatifs à l'hygiène et l'habillement.
- ◆ Acheter et entretenir les vêtements.
- ◆ S'assurer que l'enfant reçoit les soins médicaux, incluant le suivi des traitements et les déplacements à des fins médicales.
- ◆ Planifier, organiser et faciliter les « contacts sociaux » avec des personnes de son âge, après l'école ou hors des périodes scolaires.
- ◆ Organiser le gardiennage et prévoir les alternatives en cas d'urgence.
- ◆ Mettre l'enfant au lit le soir, se lever la nuit, s'il y a lieu, réveiller l'enfant le matin, s'il y a lieu.
- ◆ S'assurer de l'existence de la discipline et d'un certain encadrement, montrer les bonnes manières et les règles d'hygiène.
- ◆ L'éduquer en ce qui a trait à la religion, la spiritualité, l'aspect culturel et social de la vie.
- ◆ Enseigner les habiletés élémentaires comme lire, écrire, dessiner, etc.
- ◆ Faire preuve de flexibilité et de souplesse pour répondre aux besoins de l'enfant, par exemple en ajustant son horaire de travail, ce qui constitue de plus une preuve que l'attention du parent est centrée sur les besoins de l'enfant.
- ◆ Prendre des décisions concernant le mieux-être de l'enfant et assurer un certain leadership dans ces

domaines<sup>30</sup>, on traite de préparation et de planification, par exemple au niveau du gardiennage.

29 Les principaux arguments quant à l'utilisation du critère de la figure parentale principale (ou parent de référence) sont relatifs au meilleur intérêt de l'enfant. Dans un premier temps, il y a continuité dans l'exercice des tâches parentales liées à l'enfant. Dans un deuxième temps, il permet de prédire avec plus de certitude la capacité pour ce parent d'assumer la garde de l'enfant pour le futur. On souligne de plus, du moins indirectement, l'intérêt du parent qui s'est dévoué à éduquer et entretenir cet enfant. Le juge Sénécal indiquait ce qui suit :

30 [...] le tribunal n'est pas là pour dire aux gens comment ils devraient vivre ni ce qu'ils devraient faire, mais pour prendre acte de ce qu'ils sont et de la façon dont ils vivent et ont vécu.<sup>31</sup>

31 Si les deux parents ont partagé de manière équitable ces tâches et l'aspect décisionnel relativement à l'éducation de l'enfant, il n'y a plus, dans les faits, une présomption et le Tribunal devra se livrer à une évaluation du degré de capacité parentale de chacun des parents et étudier les autres critères pertinents; bref, la présomption ne joue plus. La Cour devra aussi tenir compte, en plus de cette présomption de fait, de l'opinion de l'enfant quand il a la capacité de comprendre les conséquences de la décision qu'il a à prendre.

32 Nous soumettons que l'utilisation d'une telle présomption a aussi pour effet d'ajouter un élément plus objectif, à tout le moins plusieurs éléments vérifiables quant à l'implication d'un parent à l'égard d'un enfant<sup>32</sup>. Ceci implique que le Tribunal devra étudier la répartition des tâches concernant l'enfant pendant l'union, c'est-à-dire entendre une preuve relative aux éléments qui établissent qu'un parent a été la figure parentale principale, donc étudier ce qui s'est passé pendant l'union. Certes, c'est fastidieux mais essentiel. La jurisprudence utilise fréquemment ce critère pour trancher un

---

30 HUGHES, Elizabeth J., « Mother's Vicarious Hand: Primary Caregiving Reconceived as Relationship and Responsibility », (2002) 20 *C.F.L.Q.* 467.

31 SENÉCAL, Jean-Pierre, Préface de l'ouvrage de Michel TÉTRAULT, *La garde partagée*, 2000, Carswell.

32 Kelly, Robert F. et Shawn L. WARD, « Allocating Custodial Responsibilities at Divorce. Social Science Research and the American Law Institute's *Approximation Rule* », (2002) *Family Court Review*, 350.

litige relatif à la garde. Le parent qui a agi comme figure parentale ou parent de référence bénéficie d'un avantage non négligeable<sup>33</sup>. La littérature scientifique propose même que les contacts post-rupture ressemblent à ce qui existait pendant la vie commune<sup>34</sup>.

33

*C.B. c. P.L.*, C.S. Québec, n° 200-12-067613-027, 4 juillet 2002, j. Lacroix; *D.B. c. C.L.*, C.S. Montréal n° 500-04-027337-014, 11 juillet 2002, j. Picard; *A.D. c. C.C.*, C.S. Québec, n° 200-12-064723-001, 19 juillet 2002, j. Bédard; *I.C. c. P.R.*, B.E. 2002BE-492 (C.S.); *J.D. c. D.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004157-024, 28 juin 2002, j. Richard; *P.M. c. A.M.*, C.S. Québec, n° 200-04-007632-001, 31 mai 2002, j. Goodwin; *Y.T. c. D.C.E.*, C.S. St-Hyacinthe, n° 750-12-011103-020, 8 août 2002, j. Senécal; *S.R. c. C.S.*, C.S. Montréal, n° 500-04-002397-942, 21 août 2002, j. Matteau; *L.A. c. D.S.*, C.S. Bonaventure, n° 105-04-000845-015, 16 août 2002, j. Martin. **Contra** : *A.M. c. A.N.L.*, C.S. Saint-Maurice, n° 425-12-001125-024, 14 juin 2002, j. Pronovost : le Tribunal indique qu'il est en désaccord avec l'énoncé à l'effet que le parent qui n'a pas été une figure parentale pour l'enfant doit assumer un fardeau de preuve plus lourd dans l'établissement d'une garde partagée. Avec déférence pour l'opinion contraire, tant la littérature scientifique que la jurisprudence énoncent clairement l'importance à accorder à ce facteur et tout particulièrement à ses composantes. En présence d'un parent qui n'a pas joué un rôle comparable à l'autre auprès de l'enfant, on se doit de constater les conséquences suivantes qui ne peuvent qu'avoir un effet négatif sur l'établissement d'une garde partagée : le développement des habiletés parentales, la connaissance des besoins de l'enfant, la création de liens significatifs, la stabilité pour l'enfant. Avec respect, nous voyons mal comment on peut conclure que le parent qui s'est moins impliqué de façon significative ne doit pas assumer un fardeau de preuve plus lourd que le parent de référence quant à l'attribution de la garde en regard de la création de liens significatifs et de la connaissance des besoins de l'enfant, voir les décisions et nos commentaires ci-dessus quant à l'importance accordée au parent de référence et au fardeau que les tribunaux imposent à l'autre parent pour l'établissement d'une garde partagée ou l'attribution de la garde. Voir *A.P. c. N.S.*, C.S. Beauharnois, n° 760-04-005750-030, 30 janvier 2004, j. Gagnon : « Il n'est pas nécessaire de décider si Monsieur était un père absent durant la petite enfance [l'enfant a trois ans et demi], la preuve démontre depuis la cessation de la vie commune [30 mai 2003 et procédure dès le 30 avril 2003], il est présent, attentionné et affectueux auprès de J. ». Ajoutons que le père admet boire de quatre à cinq bières par jour, que les parties se sont crachées au visage, que les communications sont inexistantes et que Monsieur fait l'objet d'une plainte au criminel pour des actes présumément posés à l'égard de Madame. Mais selon la Cour, ces obstacles ne sont pas insurmontables. Avec déférence pour l'opinion contraire, cette façon de voir tient presque de la pensée magique et considère que nous vivons dans un monde idéal où les parents n'attendent qu'un signal pour collaborer dans le cadre de leur rupture, nous y reviendrons plus loin.

34

SCOTT, Elisabeth S., « Pluralism, Parental Preference and Child Custody », (1992) 80 *Cal. L.Rev.* 615; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Philadelphia, Ali



- 33 Pour un exemple parmi tant d'autres décisions où cet élément a joué un rôle important dans l'attribution de la garde à un des parents, le jugement *Droit de la famille – 3272*, où la Cour indique ce qui suit :
- 34 Enfin, dans cette affaire, c'est la mère qui a été la première à s'occuper le plus de l'enfant et ce, depuis sa naissance jusqu'en juin 1997 où elle l'a laissée au père. Elle l'a reprise en novembre 1997. Il s'agit donc d'une période relativement courte.<sup>35</sup>
- 35 Par ailleurs, le fait d'avoir été la figure parentale principale dans le passé n'est pas un indicateur certain pour le futur. Le lien affectif fort avec un parent ne résulte pas directement ou même nécessairement du fait que ce parent ait joué le rôle de la figure parentale principale. De plus, les changements résultant de la séparation peuvent entraîner de l'instabilité pour l'enfant et le style de vie des parents peut changer, ce qui pourrait amener des modifications dans la façon dont un parent s'occupera d'un enfant à l'avenir.
- 36 On peut aussi craindre de voir resurgir quelque chose ressemblant à des vestiges de la doctrine de « l'âge tendre », mais sous une appellation différente... Cette présomption quant à la capacité parentale découlant du fait d'avoir été la figure parentale principale a donc ses limites. Par ailleurs, les quelques décisions recensées où on a mis en veilleuse l'application de ce critère renvoient fréquemment à l'argument que s'il fallait donner autant d'importance à cet argument et que cet état de fait résulte d'une décision ou d'un jugement provisoire, l'autre parent ne pourrait jamais avoir la garde<sup>36</sup>. Avec déférence, la « qualité » de figure parentale principale ou l'établissement d'un véritable *statu quo* ne saurait, selon la littérature scientifique, s'acquérir sur une si courte période de temps. D'ailleurs, la jurisprudence renvoie à des périodes en terme d'années ou de mois, ce qui, nous l'espérons, excède les délais d'audition quant aux mesures provisoires.

---

Publications, 2002. Au même effet, dans une recherche qui date un peu mais qui est toujours d'actualité. : MACCOBY, Eleonor E. et Robert H. MNOOKIN, *Dividing the Child : Social and Legal Dilemmas of Custody*, Harvard University Press, 1992.

35 B.E. 99BE-422 (C.S.) ou *L.(M.) c. L.(P.)*, REJB 99-12800 (C.S.); au même effet : *A. c. G.*, REJB 99-11684 (C.S.).

36 *E.B. c. A.C.*, C.S. Saint-François, n° 450-12-020879-013, 14 janvier 2004, j. Tardif.

- 37 La réalité sociale fait en sorte que la figure parentale principale a été la mère dans plus de 80 % des cas<sup>37</sup>. Par ailleurs, la nouvelle tendance constatée depuis le début des années 80, en vertu de laquelle les mères ne travaillent pas uniquement à la maison mais aussi à l'extérieur du foyer rend-elle moins pertinente l'application de la présomption de fait que c'est la mère qui, le plus souvent, aura agi comme figure parentale principale pendant la vie comme et après la rupture ?
- 38 Il faut se prémunir de penser que parce que la mère travaille à l'extérieur, les soins relatifs à l'enfant ont été partagés également entre le père et la mère. En effet, plusieurs études démontrent qu'en dépit de l'ajustement des hommes et des femmes à la réalité des femmes au travail à l'extérieur du foyer, le nombre d'heures passées par les hommes en ce qui a trait aux travaux ménagers et à l'entretien des enfants demeurerait remarquablement constant, à savoir un peu plus d'une heure par jour. Il ressort donc de ces études que c'est la femme qui assume le travail domestique et qui demeure la principale responsable des tâches relatives à l'entretien de l'enfant et aux décisions qui le concernent (par exemple le choix de la garderie, l'inscription à des activités culturelles et sportives, bref à donner une direction à l'éducation de l'enfant sur plusieurs plans de son développement), donc la figure parentale principale<sup>38</sup>. Notons qu'un parent, après une période de transition, peut passer du parent pourvoyeur qu'il était pendant la cohabitation, à un rôle plus global quant au bien-être de son enfant, encore faut-il lui permettre de faire cette

---

<sup>37</sup> STAMPS, Leighton E., « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce and Remarriage*, 1; COHEN, Jonathan et Nikki GERSHBAIN, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of maximum Contact », (2002) 19 *C.F.L.Q.* 121; MARCIL-GRATTON, Nicole et Céline LE BORDAIS, « Custody, Access and Child Support: Findings From the Longitudinal Survey of Children and Youth », Département de Justice Canada.

<sup>38</sup> BOYD, Susan B., « Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption », (1990-91) 7 *C.F.L.Q.* 1; de même, nous vous renvoyons à un sondage CROP-La Presse du 6 mars 1999 qui regroupait plus de 1 000 répondants et où l'on retrouve la constatation suivante : « En attendant, les hommes se consacrent aux enfants avec la même énergie que la conjointe chez seulement 47 % des couples. Et ils jouent le rôle principal dans un maigre 5 % des foyers (même les pères sans travail ne le font que dans 13 % des cas) ». Il est important de rappeler qu'il s'agit d'un sondage et non d'une étude scientifique.

transition et faire en sorte que l'enfant puisse aussi s'y adapter<sup>39</sup>.

39 Le comportement des couples dans leur quotidien ne s'est pas modifié de façon significative dans les dix dernières années. Les hommes consacrent généralement plus d'heures au temps professionnel que les femmes<sup>40</sup>. Par contre, ces dernières, en plus de leur travail à l'extérieur, assument l'essentiel des tâches domestiques, le soin et l'éducation des enfants ainsi que l'entraide intergénérationnelle. Une étude de L'INRS-Urbanisation<sup>41</sup> révèle cependant que les hommes de moins de 30 ans sont plus portés que ceux de 40 ans et plus à assumer conjointement les responsabilités des tâches familiales. La tendance des hommes à effectuer davantage de tâches domestiques est liée à leur niveau de scolarité. Le partage des tâches dans le couple serait plus équitable lorsque les hommes ont fait des études post-secondaires et universitaires. Les hommes dans les familles recomposées sont plus disposés que ceux dans les familles intactes à partager équitablement les responsabilités familiales. Le parent qui a agi à titre de figure parentale principale bénéficie ou devrait bénéficier selon nous d'une longueur d'avance car il a démontré être le parent prêt à assumer les difficultés et contretemps qui résultent du seul fait de s'occuper d'un enfant. Par contre, la rupture peut produire des effets sur la capacité parentale d'un parent, pouvant même le rendre dysfonctionnel comme individu; n'oublions pas qu'une rupture emporte une réorganisation profonde du mode de vie de la majorité des couples.

40 Rappelons que le fait que la mère travaille à l'extérieur du foyer n'a pas eu pour effet d'entraîner automatiquement une répartition égalitaire des tâches familiales<sup>42</sup>. Soulignons,

<sup>39</sup> *N.L. c. J.S.*, C.S. Gaspé, n° 110-04-001770-030, 28 janvier 2004, j. Gendreau.

<sup>40</sup> Voir, dans le cas de gardes partagées: DOUGLAS, Emily M., « The Impact of a Presumption for Legal Custody on Father Involvement », (2003) 39 *Journal of Divorce and Remarriage*, 1; COHEN, Jonathan et Nikki GERSHBAIN, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of maximum Contact », (2002) 19 *C.F.L.Q.* 121.

<sup>41</sup> LEBOURDAIS, Céline et Annie SAURIOL, « La part des pères dans la division du travail domestique au sein des familles canadiennes », Institut national de la recherche scientifique (INRS)-Urbanisation, 1998, 55 p.; voir aussi. Conseil de la famille du Québec, « La famille... composée autrement », p. 29, Internet : <http://www.Cfe.gouv.qc.ca/cfe-fra/cont-publications-intro-titre.html>

<sup>42</sup> BOYD, Susan B., *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press, 2003, p.172.

comme nous le verrons dans la prochaine section, que la création, particulièrement en Cour supérieure, d'une présomption de garde partagée, dans les faits, a donc pour effet direct de nier ou à tout le moins de minimiser la valeur que l'on doit attribuer au travail des femmes<sup>43</sup>, leur travail hors foyer mais surtout leur travail au foyer<sup>44</sup>. Une lecture de la jurisprudence amène la constatation que le travail des hommes relativement aux enfants est surévalué par les tribunaux; citons le professeur Boyd sur la question :

41 [...] men are not viewed as abandoning their families for careers in the same way as women, precisely because social expectations of men's performance in the familial realm are lower.<sup>45</sup>

42 Cet énoncé est représentatif de l'état actuel des choses.

#### **D. La présomption de garde partagée : juridique non ! Factuelle oui!**

43 Il n'existe pas de présomption en faveur de la garde partagée<sup>46</sup>. Là où pareille mesure a été prévue par la législation (surtout aux États-Unis), l'expérience s'est révélée non concluante. Dans l'arrêt *P. (V.) c. S. (G.)*<sup>47</sup>, la Cour d'appel indique clairement qu'il n'existe aucun principe juridique qui prévoit qu'a priori la garde partagée s'impose à moins que la partie qui s'y oppose ne démontre par une prépondérance de

<sup>43</sup> BOYD, Susan B., *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press, 2003, p. 218; COHEN, Jonathan et Nikki GERSHBAIN, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of Maximum Contact », (2002) 19 *C.F.L.Q.* 121, 157.

<sup>44</sup> BOYD, Susan B., *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press, 2003.

<sup>45</sup> BOYD, Susan B., *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press, 2003, p. 172; COHEN, Jonathan et Nikki GERSHBAIN, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of Maximum Contact », (2002) 19 *C.F.L.Q.* 121.

<sup>46</sup> *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.) ou REJB 2002-34955 : il n'existe pas, en vertu de l'article 16 (10) de la *Loi sur le divorce*, de présomption favorable à la garde partagée, bien qu'il s'agisse d'un arrangement qui doit être considéré sérieusement lorsque les facteurs requis pour son succès existent; *C.E.A. c. B.A.*, C.S. Montréal, n° 500-12-263899-027, 5 novembre 2002, j. Mercure.

<sup>47</sup> REJB 2000-21256 (C.A.); *W.(D.) c. G.(A.)*, REJB 2003-42518 (C.A.); *C.L. c. M.R.*, J.E. 2003-10 (C.S.).

preuves que l'intérêt de l'enfant commande qu'il en soit autrement. La Cour d'appel précise que d'agir ainsi, c'est s'appuyer sur un principe juridique erroné et nous citons : « Considérant que seul l'intérêt de l'enfant doit servir dans l'évaluation du mode de garde approprié [...] ».

44 Les mesures relatives aux enfants ne doivent pas être prises sur une base idéologique mais en fonction de ce que vivent réellement les gens, des besoins des enfants et de ce que chacun des parents est réellement prêt à faire. S'il doit exister bien sûr un préjugé favorable envers toute modalité qui favorise que les deux parents s'occupent des enfants, on ne doit pas perdre de vue que la réalité se nourrit non pas de vœux pieux, mais de concret, de ce que chacun est prêt à faire réellement; à ce titre, la garde partagée n'est pas une panacée<sup>48</sup>. Les auteurs consultés constatent que certains juges ont plus qu'un préjugé favorable à l'égard de cette modalité de garde<sup>49</sup>.

45 Les études consultées démontrent qu'un parent qui ne vit pas des choses concrètes avec son enfant ne peut être aussi au fait de ce qui lui arrive, de ses attitudes, de ses besoins. De même, l'enfant qui n'entretient que des contacts superficiels avec un parent s'éloigne progressivement de lui. Si l'on veut conserver entre eux une relation vivante, parent et enfant doivent passer du temps ensemble, se fabriquer des souvenirs communs et cela est valable dans tout type d'union conjugale.

46 Les enfants sont-ils les victimes ou les grands gagnants d'une tendance ? La présomption, et dans les faits il y a une présomption pour plusieurs que la garde partagée est la meilleure formule car elle permet de respecter le principe

<sup>48</sup> *Dans la situation de M.B.*, C.Q. Drummondville, n° 405-41-000576-020, 21 novembre 2002, j.DuBois ou J.E. 2003-397; *R.D. c. L.V.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-020802-990, 19 mars 2003, j. Mercure.

<sup>49</sup> KASSIE, Lynne et Kimberley WENGER, «Children: Part of the Family Patrimony? A commentary to joint custody», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, p. 789; GOUBAU, Dominique, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 107; JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267; JOYAL, Renée, QUÉNIART, Anne, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) *R.du B.* 281, 293.

fondamental de la maximisation des contacts d'un enfant avec chacun de ses parents. Avec déférence, rien ne démontre que le principe de la maximisation des contacts doit mener, sans plus d'interrogation sur le vécu des enfants et des parties, à la garde partagée. Les présomptions créent parfois l'effet pervers de permettre des raccourcis.

47 Une recherche récente de Me Renée Joyal démontre que la garde partagée est une formule en croissance, nombre de juges privilégient cette formule en présence de certains prérequis de faisabilité et d'opportunité, même si dans certains cas les communications sont difficiles entre les parents<sup>50</sup>.

48 En terminant une garde partagée n'est pas toujours une véritable garde partagée... dans les faits, nous vous renvoyons à la décision suivante *S.L. c. A.D.*<sup>51</sup> :

49 **7.** Il appert dans le présent cas que si depuis la séparation les parties ont appliqué la garde partagée aussi égale que possible, la vie au quotidien ne se réalisait pas de façon identique. Ainsi, les horaires de « dodos », de travaux scolaires, de télévision, chez Monsieur sont plus souples et moins contrôlés que chez Madame qui maintient ce qu'elle exigeait auparavant. Certains problèmes d'hygiène (brossage des dents, toilette, vêtements), ne bénéficient pas de la même attention chez Monsieur qui n'y voyait en pratique pas jadis. Il est sûr cependant qu'en homme intelligent et aimant ses enfants il en a saisi l'importance pour eux et agit en conséquence pour continuer ce qu'il souhaite et applique la garde partagée.

50 [...] ]

51 **10.** Il apparaît au soussigné que tout considéré, il est de l'intérêt des enfants et des parties d'établir un régime selon lequel Madame, comme elle l'a fait, et tout en informant réellement et complètement Monsieur, continuera à gérer les questions scolaires et de garde, et la discipline s'y rapportant. Tel que proposé et vu la réalité des horaires de Monsieur, il sera aussi impliqué au scolaire par sa présence

---

<sup>50</sup> JOYAL, Renée, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C.de D.* 267.

<sup>51</sup> C.S. Montréal, n° 500-04-032406-036, 28 janvier 2004, j. Mélançon.

chaque vendredi et ce qu'il devra faire à ce sujet les fins de semaine.

52 Nous croyons que cette décision reflète le vécu dans plusieurs cas où une garde partagée est établie, signe, comme nous le mentionnions, que les temps n'ont pas tant changé et que l'étude du comportement des parties est un élément important dans le rôle que chaque parent a joué pour mieux évaluer l'établissement d'une modalité de garde.

53 La prochaine section s'attardera donc aux préalables de faisabilité relativement à l'établissement de la garde partagée.

## II.- LA GARDE, LE TEMPS PARENTAL ET LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION

54 Comme nous l'avons déjà expliqué, si l'autorité parentale ou la responsabilité parentale font appel au pouvoir décisionnel des parents, la garde et le temps parental chez l'un ou l'autre des parents renvoient à la présence physique de l'enfant.

### A. Les critères d'attribution de la garde : définir l'intérêt de l'enfant

55 Que le tribunal ait à trancher un litige relatif à la garde dans le cadre d'une procédure en divorce (incluant le statut *in loco parentis*), en séparation de corps, dissolution de l'union civile ou entre conjoints de fait, l'unique critère demeure l'intérêt de l'enfant. On peut énumérer les éléments d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant dans un litige relatif à la garde de la façon suivante<sup>52</sup> :

- ◆ le parent qui a le lien le plus fort et le plus sain avec l'enfant et qui a été la figure parentale principale ;
- ◆ la capacité parentale ;
- ◆ les valeurs et la moralité ;

<sup>52</sup>

On notera que les parents ont tendance à définir le meilleur intérêt de l'enfant en utilisant des critères plus précis et concrets que les juristes. Les juristes ont une vision à plus long terme alors que les parents tendent à se concentrer sur les besoins immédiats de l'enfant et sont plus terre à terre, voir Marsha Kline PRUETT, Kathy Hogan BRUEN, Tamara JACKSON, « The Best Interest of the Child : Parents' versus Attorneys' Perspectives, (2000) 33 *Journal of Divorce and Remarriage*, 47.

- ◆ la disponibilité ;
- ◆ l'engagement du parent dans l'éducation au niveau scolaire ;
- ◆ la santé mentale et physique de l'enfant ;
- ◆ l'importance que le parent accorde à l'implication de l'autre parent dans l'éducation de l'enfant ;
- ◆ la collaboration ;
- ◆ la communication ;
- ◆ l'engagement du parent de fournir nourriture, vêtements et hébergement ;
- ◆ la santé physique de chaque parent ;
- ◆ la santé psychologique de chaque parent ;
- ◆ la présence et la proximité de la famille élargie ;
- ◆ l'importance de ne pas mêler l'enfant au conflit qui implique les parents ;
- ◆ un engagement dans l'enrichissement des habiletés de l'enfant ;
- ◆ l'implication de la famille élargie ;
- ◆ l'implication avec les amis de l'enfant ;
- ◆ la fierté liée à l'enfant ;
- ◆ la préférence exprimée par l'enfant ;
- ◆ un engagement de répondre aux besoins d'un enfant handicapé ;
- ◆ la stabilité de l'un et l'autre des parents ;
- ◆ le maintien de l'intégrité de la fratrie<sup>53</sup>.

56           Soulignons qu'il ne s'agit pas uniquement de passer en revue ces éléments un par un et d'en faire le total au profit d'un parent qui en rencontre le maximum aux fins d'attribuer la garde de l'enfant, il ne s'agit pas d'un exercice mathématique. Cette liste n'est pas exhaustive, nous ne croyons pas d'ailleurs

---

<sup>53</sup> *N.S. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel ou J.E. 2004-282 (C.S.); *J.D. c. M.G.*, C.S. Frontenac, n° 235-12-003152-037, 21 janvier 2004, j. Allard.



qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de cristalliser les critères : le tribunal doit pouvoir user de sa discrétion en fonction des circonstances. On doit insister sur l'importance à accorder à certains de ces éléments quand il y a lieu d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant dans le cadre d'un litige impliquant la garde d'un enfant, notamment :

- ◆ *la conduite des parents* est pertinente, dans la mesure où cette conduite a une incidence sur la capacité parentale de ce parent ;
- ◆ quant à *l'orientation sexuelle*, l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne. Cet élément n'est pertinent que s'il affecte la capacité parentale d'une partie<sup>54</sup> ;
- ◆ *la disposition de chacun des parents à faciliter les contacts avec l'autre parent* ;
- ◆ *l'âge de l'enfant* : ce facteur ne doit pas avoir de pertinence quant à l'attribution de la garde.

57 Par ailleurs, le docteur Rodrigue Otis dans son ouvrage : « *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation, Synthèse des écrits scientifiques* »<sup>55</sup>, offre les balises suivantes en résumant la position des experts et des tribunaux quant aux recommandations de garde en fonction du stade de développement de l'enfant, nous exposons ces recommandations comme suit :

58 **Enfant de trois et moins** : les tribunaux ont tendance à confier la garde des enfants de cet âge à la mère, en se fondant sur la présomption que la première figure parentale dans la vie de l'enfant est la mère. M. Otis pense pour sa part que l'enfant de cet âge peut développer un lien d'attachement égal avec les deux parents s'il les aime tous les deux. Le plus important est que les parents suivent une même routine pour l'enfant, comme l'heure des repas et du coucher. Dans ce cas, une garde partagée peut très bien être envisagée;

<sup>54</sup> *Droit de la famille-2689*, [1997] R.D.F. 485 (C.S.); *S.R. c. J-P.M.*, C.S. Hull, n° 550-12-021431-019, 28 mars 2003, j. Isabelle.

<sup>55</sup> 2000, Eastman, Éd. Behaviora.

- 59        **À quatre ou cinq ans** : l'identité masculine ou féminine commence à se mettre en place. « On a à tenir compte pour décider de la garde que l'enfant a besoin d'un modèle de parent du même sexe »;
- 60        **Entre six ou douze ans** : selon certaines études, si à la fin de cette période l'enfant est élevé par sa mère, il y a plus de chances qu'il développe des problèmes. « À cet âge-là, lorsque les deux parents ont des liens d'attachement étroits avec l'enfant et des habiletés parentales égales, on peut penser favoriser le parent de même sexe que l'enfant »;
- 61        **Treize ans ou plus** : plus l'enfant vieillit, plus on tient compte de ses choix personnels pour déterminer son milieu de vie. Après treize ans, c'est un critère important dans l'attribution de la garde.
- 62        Toujours sur le même sujet, on peut citer la synthèse de la littérature scientifique qu'effectue le Dr Abe Worenklein<sup>56</sup> :
- 63        [...] they strongly recommend that infants up to about age 2½ reside with the person who has been the primary caretaker in the past. They also suggest that the other parent should have frequent short visits. A major task of this developmental stage is to build the foundations for later relationships. They believe that while it is essential to maintain and enlarge the relationship between the infant and non-residential parent, it should be done gradually.
- 64        In fact, Gould (1998), as well, points out that children at this age are the most vulnerable to changes in their environment because of the challenges present in developing attachment and basic trust. He also cites research that when infants are separated from primary caretakers, they may experience a profound sense of loss, depression, and behavioural and emotional regression.
- 65        **As a result, he points out that there is "some consensus suggesting that the primary caregiver during the marriage needs to be maintained as the primary caregiver during the divorce."** Another argument that is sometimes cited is that the primary

<sup>56</sup> Voir *J.K. c. R.P.M.*, C.S. Montréal, n° 500-12-263390-027, 27 novembre 2003, j. Tingley. Au même effet: *Droit de la famille-3213*, (1999) R.D.F. 87, 92 (C.S.); *L.G. c. D.F.*, (2002) R.D.F. 155, 160 et 161; *D.P. c. CGW*, C.S. Montréal, n° 500-04-027730-010, 30 avril 2002, par. 12.

caregiver has been established in the child's mind as the psychological parent, which is extremely important particularly when the child's world has been disrupted as a result of the separation. One should note, however, that the latter concept of psychological parent has been challenged by some clinicians. At the same time, while one needs to recognize as well that some children often have more than 1 significant caretaker and appear to demonstrate no ill effects from spending time with multiple caretakers, one needs to take a look at who was the primary caretaker. (Emphasis by author)

- 66 In fact, Ellis (2000) does point out that "by six months of age most infants know and respond to many caregivers in their environment if they have interacted with them on a frequent and regular basis". She also points out that with time infants are developing offensive security and predictability in their world and feelings of trust in their caretaker's. Similarly, one needs to recognize as well that toddlers can become attached to several people. However the primary residence should be with the primary caregiver. In fact, she does point out that "most experts do not recommend overnight visitations until at least the age of two".
- 67 Mayes and Molitor-Segal (1999) point out as well that there are "probably no consistently reliable signs that a given amount, time, or type and visitation is inappropriate. An individual infant is his or her best measure". Furthermore, Kline Pruett and Santangelo (1999) concluded after reviewing the literature on joint custody with young children, that young children "require a higher level of commitment to cooperation than is needed for older children". They concur with findings that suggest that parents' commitment to the child and the quality of the parental relationship were more closely linked to child adjustment than the schedule of contact, in and of itself.
- 68 In conclusion, after reviewing the literature, one must seriously consider the impact on a child of 13 months of sharing on an equal basis of the time between the parents. The literature is quite clear as to the potential negative impact on a child of this age.
- 69 Le juge Maughan, dans *Droit de la famille – 3213*, procède à une étude approfondie de la littérature scientifique

quant à l'opportunité d'établir une garde partagée pour un enfant d'un an. Suite à l'audition de l'expert de chacune des parties, le Tribunal fait les constats suivants quant à l'établissement d'une garde partagée pour un enfant en bas âge :

- 70            Au risque de trop simplifier le débat entre les experts sur la garde d'un enfant de bas âge à la suite de la séparation de ses parents, le Tribunal retient ce qui suit des autorités scientifiques:
- 71            Le père joue un rôle de première importance dans le développement de son enfant dès la première année. Il est important que les liens d'attachement (en anglais «bonding») s'établissent entre le père et l'enfant le plus tôt possible.
- 72            L'enfant de bas âge a besoin d'un environnement stable, sécuritaire et régulier. Il est plus vulnérable aux nombreux changements et déplacements dans sa vie quotidienne qu'un enfant plus âgé.
- 73            Le parent qui agit comme principal pourvoyeur de l'enfant de bas âge devient rapidement sa figure principale d'attachement. L'autre parent joue aussi un rôle essentiel mais il s'agit plutôt d'un rôle de soutien.
- 74            Le détachement d'un enfant de bas âge de son principal pourvoyeur est un processus graduel.
- 75            Parce que l'enfant de bas âge ne peut exprimer ce qu'il ressent et ce qu'il veut, son adaptation à l'environnement doit suivre l'évolution naturelle de son développement et non lui être imposée.<sup>57</sup>
- 76            Le Tribunal convient qu'il n'y a pas encore unanimité sur le fait qu'une garde partagée puisse être exercée par des parents en conflit dans le cas d'un enfant en bas âge, de même que sur le besoin pour un enfant d'avoir une seule résidence pour sa sécurité et sa stabilité. En effet, selon les experts Hodges, Landis, Day et Oderberg [1991], il est important pour le développement de l'attachement parent/enfant que l'enfant de moins de trois ans garde un lien significatif avec ses deux parents car à cet âge, l'enfant perd rapidement l'attachement qu'il éprouve envers une personne s'il la voit peu souvent. Par ailleurs, dans le cas de jeunes enfants qui n'ont que peu vécu

<sup>57</sup> *Droit de la famille-3213*, [1999] R.D.F. 87, au même effet : *Droit de la famille-3217*, [1999] R.D.F. 118 (maintenu en appel, n° 500-09-007657-992).

avec leurs deux parents avant la séparation, les années préscolaires sont peut-être la dernière occasion et la meilleure pour développer avec chacun des parents une relation profonde qui se créerait normalement pendant la vie commune. Ce qui explique que l'on contraint plus souvent les parties à une garde partagée lorsque l'enfant est en mesure d'exprimer ses sentiments, en dépit d'une communication défailante.

77 En terminant, nous citons ci-dessous le passage d'un article de mesdames Lise Bastien et Linda Pagani qui s'intitule « Impact des facteurs individuels et familiaux sur l'ajustement des enfants vivant en garde partagée »<sup>58</sup>. Cette citation est représentative de ce que l'on retrouve au niveau de la littérature scientifique quant à l'application de modalités de garde partagée aux enfants en bas âge :

78 Cette recension des recherches portant sur la garde partagée nous a permis de voir l'effet des variables comme l'âge, le sexe et le tempérament des enfants, les relations parents/enfants et le conflit parental sur l'ajustement des enfants qui partagent leur temps de vie entre les résidences de leur père et de leur mère. Nous avons pu constater que les enfants d'âge préscolaire ont besoin de garder une relation continue avec les deux parents afin de ne pas se sentir abandonnés suite à leur divorce mais ont aussi particulièrement besoin de stabilité dans leur environnement, ce qui fait que la garde partagée risque d'occasionner chez eux des troubles d'ajustement. Les enfants d'âge scolaire et les adolescents s'adapteraient relativement bien à ce type de garde, à condition que les parents ne les impliquent pas dans leur conflit personnel et ne les utilisent pas comme objets de manipulation.<sup>59</sup>

79 Nous pouvons certes conclure à un consensus quant au caractère approprié de la garde partagée pour l'enfant en bas âge : il y a lieu de privilégier la fréquence au lieu de la durée<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> *Revue canadienne de psycho-éducation*, 1996, vol. 25, n° 2, 1.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>60</sup> *C.T. c. B.B.*, C.S. Québec, n° 200-12-069982-032, 18 décembre 2003, j. Gosselin. *Contra* : *L.(M.-C.) c. B.(M.-A.)*, REJB 2003-44593 (C.S.).

- 80 *Le choix de l'enfant* : on peut résumer ainsi la position de la jurisprudence relativement à l'opinion exprimée par l'enfant :
- 81 **0 à 6 ans** : le tribunal accordera peu ou pas d'importance à l'opinion exprimée par un enfant de cet âge<sup>61</sup>;
- 82 **6 à 12 ans** : en fonction de la « maturité » de l'enfant et des motifs qui sous-tendent son opinion, le tribunal y accordera une plus ou moins grande importance;
- 83 **12 à 17 ans** : on assiste au phénomène inverse, il devra y avoir une forte démonstration que le choix de l'enfant n'est pas libre et éclairé, pour qu'il ne soit pas respecté.
- 84 Cette question du souhait exprimé par l'enfant, que nous étudierons à nouveau lorsque nous procéderons à une revue de la jurisprudence, est paradoxale, soit que l'enfant n'ait pas la maturité pour être en mesure de bien saisir les conséquences de sa décision<sup>62</sup>, soit qu'il n'en soit que trop conscient et dans plusieurs cas, n'osant déplaire, il préférera s'enfermer dans le mutisme le plus complet, parfois un indice d'un conflit de loyauté<sup>63</sup> (*double-bind*) ce que nous retrouvons particulièrement chez les enfants âgés entre cinq à quatorze ans. Dès lors, quelle est la portée réelle à donner aux vœux de l'enfant ? La prudence s'impose.
- 85 Le parlement fédéral, dans le projet de loi C-22 qui modifierait la *Loi sur le divorce*, énumère de façon non exhaustive les critères qui établissent ce qu'est le meilleur intérêt de l'enfant au sens de cette loi. La liste devrait aider les parents, les professionnels du droit de la famille et les juges à déterminer l'intérêt de l'enfant, compte tenu de sa situation

<sup>61</sup> *J.C. c. G.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004239-020, 2 décembre 2003, j. Legris.

<sup>62</sup> Dans le cas de : *K. (J.)*, REJB 2001-22647 (C.Q.); Protection de la jeunesse-463, J.E. 90-1721 (C.Q.).

<sup>63</sup> *M.S. c. S.P.*, C.S. Alma, n° 160-04-000067-938, 19 décembre 2003, j. Duchesne; *G.F. c. M.C.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-005171-032, 17 décembre 2003, j. Legris; *A.B. c. S.R.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-001804-982, 15 décembre 2003, j. Legris; *J.S. c. P.P.*, C.S. Québec, n° 200-04-003550-975, 23 décembre 2003, j. Moulin; *S.S. c. L.J.*, C.S. Hull, n° 550-12-023032-021, 16 décembre 2003, j. Trudel; *A.B. c. S.R.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-001804-982, 15 décembre 2003, j. Legris.

particulière<sup>64</sup>. Il faudrait prendre en compte les critères suivants :

- ◆ les besoins physiques, affectifs et psychologiques de l'enfant, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement ;
- ◆ les bienfaits pour l'enfant de l'établissement et du maintien de rapports solides avec chaque époux et le fait que chacun est disposé ou non à encourager l'établissement et le maintien de tels rapports entre l'enfant et l'autre époux.

86 On constate que l'actuel article 16(10) qui crée ce que certains ont qualifié de présomption du parent amical (la maximisation des contacts<sup>65</sup>) constitue maintenant **un** des éléments pour évaluer le meilleur intérêt de l'enfant; certains pourront y voir une dilution de l'importance de ce critère dans l'ensemble des motifs à évaluer. De plus, la rédaction proposée supporterait l'opinion à l'effet qu'il faille une preuve des bienfaits pour l'enfant, alors qu'une telle présomption existait déjà [art. 16(10)]<sup>66</sup>, vous retrouverez ci-dessous l'énumération de ces critères tel que prévu par le projet de loi :

- ◆ l'historique des soins apportés à l'enfant (primary caregiver);
- ◆ toute situation de violence familiale, y compris ses effets sur :
  - la sécurité de l'enfant et des autres membres de la famille;

<sup>64</sup> Pour une analyse des modifications apportées à ce chapitre voir : NELSON, Linda C., « Putting Revisions to the Divorce Act through a Family Violence Research Filter : The Good, The Bad and the Ugly », (2003) 20 *Rev. Can D. Fam. 11*; GOUBAU, Dominique, « La réforme de la *Loi sur le divorce* » dans *Développements récents en droit familial*, vol. 194, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, 107.

<sup>65</sup> *J.K. c. R.P.M.*, C.S. Montreal, n° 500-12-263390-027, 27 novembre 2003, j. Tingley.

<sup>66</sup> Mémoire du Barreau du Québec, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, La Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur la pension des juges*, août 2003, p. 9.

- le bien-être général de l'enfant;
- la capacité de toute personne à l'origine de la situation de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins ;
- l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des époux à l'égard de questions concernant l'enfant.

87 On se doit de constater que tous les exemples fournis par l'article 16.2(2) au niveau de la violence ne renvoient qu'à la violence physique sans référence à la violence psychologique ou économique :

- ◆ le patrimoine et l'éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels de l'enfant, notamment si celui-ci est autochtone ;
- ◆ le point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés.

88 L'article 34 C.c.Q. est plus large et protège l'enfant en lui permettant d'être entendu et ainsi de mieux faire ressortir ses souhaits et préférences :

- ◆ tout plan élaboré pour les soins et l'éducation de l'enfant ;
- ◆ la nature, la solidité et la stabilité du rapport de l'enfant avec chaque époux ;
- ◆ la nature, la solidité et la stabilité du rapport de l'enfant avec ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute autre personne qui compte pour lui ;
- ◆ la capacité de chaque personne pouvant être visée par l'ordonnance de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins ;
- ◆ la capacité de chaque personne pouvant être visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer à l'égard de questions concernant l'enfant ;
- ◆ toute ordonnance judiciaire et toute condamnation criminelle qui sont liées à la sécurité ou au bien-être de l'enfant.



89 Suit un tableau synthèse sur les principaux critères à évaluer quant au choix du parent gardien.

TABLEAU SYNTHÈSE

<i>La capacité parentale</i>	
<p>La capacité du parent de combler les besoins affectifs et physiques de l'enfant ; de lui fournir un environnement facilitant le développement de ses potentiels lui permettant de devenir un adulte capable d'aimer, d'être aimé, et de se rendre socialement utile tout en retirant une satisfaction personnelle.<sup>67</sup></p> <p>Une revue de la jurisprudence permet de constater que le tribunal, dans l'évaluation de la capacité parentale relative des parties, s'interrogera fréquemment en premier lieu sur le parent qui a été la figure parentale principale<sup>68</sup> (ou significative ou le parent de référence), à savoir qu'il a pris charge des principaux besoins de l'enfant quant à son entretien et son développement.</p> <p>Nier l'importance de la figure parentale principale c'est malheureusement nier ou à tout le moins dévaluer le rôle des mères auprès des enfants qui dans la majorité des cas ont joué ce rôle<sup>69</sup>.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Le parent doit avoir une bonne santé mentale, physique et morale (pas de perturbations émotives sévères)</li> <li>2. Capacité de rencontrer les besoins physiques, matériels, émotifs, spirituels et besoins d'apprentissage de l'enfant et être en mesure de bien percevoir ces besoins, de les avoir perçus par le passé et d'y avoir répondu par le passé.</li> <li>3. Il a l'intention de maintenir le milieu familial le plus intact possible, à savoir de ne pas séparer les enfants</li> <li>4. Le maintien des jeunes enfants, le parent qui a pris davantage soin d'eux («primary caretaker» ou «caregiver»)</li> <li>5. Pas de consommation de drogues ou d'alcool abusive (en général de telles personnes résistent mal à la tension, sont imprévisibles et ont des difficultés de communication)</li> <li>6. Pas de violence envers les enfants ou le conjoint (en général, ces personnes sont immatures et</li> </ol>

<sup>67</sup> POULIN, Marie-Josée, *L'évaluation des compétences parentales face au syndrome d'aliénation parentale*, Conférence de l'Institut Louis-Philippe Pinel, 8 novembre 2002.

<sup>68</sup> *C.P. c. J.D.M.*, C.S. Québec, n° 200-04-009824-028, 3 avril 2002, j. Dutil; *N.C. c. D.L.*, C.S. Terrebonne, n° 700-04-000366-903, 11 avril 2002, j. Journet; *C.D. c. S.B.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-014910-027, 15 mai 2002, j. Taschereau.

<sup>69</sup> GAVIGAN, Shelley A.M., "Book review of Susan B. Boyd, *Child Custody, Law, and Women's Work*", dans 20 *Rev. Can. D. Fam.* 229.

<p>Nous convenons par ailleurs que ce critère perd de son importance avec l'âge et le développement de l'enfant.</p>	<p>anxieuses)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>7. Volonté de maintenir une certaine stabilité familiale au niveau de l'enfant (nouveau conjoint, déménagement, changement de milieu)</li> <li>8. L'assistance possible de la famille élargie</li> <li>9. La qualité des liens du parent et de l'enfant avec sa communauté, l'école et l'église</li> <li>10. Le sexe des enfants et celui du parent qui en réclame la garde</li> <li>11. La présence d'un syndrome d'aliénation parentale</li> <li>12. Les parents ont démontré leur capacité à coopérer raisonnablement et de façon significative en ce qui a trait à l'éducation des enfants; en bref, ils sont en mesure de faire les compromis nécessaires lorsque le bon fonctionnement de la famille doit faire en sorte qu'il y ait une entente</li> <li>13. Un mode d'intervention approprié auprès de l'enfant<sup>70</sup></li> </ol>
<p style="text-align: center;"><i><b>La disponibilité</b></i></p> <p>La disponibilité s'entend des périodes de temps où le parent peut être physiquement et psychologiquement présent avec son enfant, dans le milieu où l'enfant est appelé à vivre<sup>71</sup>. Il ne convient pas d'attribuer des</p>	<p>Le parent a-t-il fait preuve de disponibilité avant et après la rupture et est-il en mesure d'ajuster son horaire pour pouvoir s'occuper convenablement de l'enfant et répondre à ses besoins ?</p>

<sup>70</sup> Au niveau de la discipline, l'auteur Richard A. GARDNER a créé un instrument pour évaluer les modes d'intervention en matière de discipline : « An instrument for Objectively Comparing Parent Disciplinary Capacity in Child Custody Disputes », (1997) *27 Journal of Divorce and Remarriage*, Haworth Press, 1-15.

<sup>71</sup> *Droit de la famille-678*, [1990] R.D.F. 395 (C.A.).

<p>périodes de contacts avec un parent qui travaillerait pendant ces périodes<sup>72</sup> mais bien <i>au parent</i> le plus disponible en fonction des besoins de l'enfant<sup>73</sup>. Dans l'évaluation de la disponibilité «future» d'un parent, on note en jurisprudence à tout le moins, que le passé est souvent garant du futur<sup>74</sup>, cette disponibilité doit assurer une stabilité à l'enfant, elle ne doit pas être temporaire<sup>75</sup>. La disponibilité doit permettre à chaque parent d'exercer pleinement son autorité parentale pour les périodes où il bénéficie de la présence de l'enfant<sup>76</sup>. <i>La disponibilité sans l'attention est donc insuffisante.</i></p>	
--	--

<sup>72</sup> *J.B. c. G.J.R.L.*, C.S. Québec, n° 200-04-007062-001, 17 septembre 2002, j. Blondin.

<sup>73</sup> *T.L. c. D.J.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-024086-012, 9 décembre 2002, j. Mercure; *M.B. c. É.P.*, C.S. Roberval, n° 155-04-000139-026, 16 janvier 2003, j. Duchesne; *L.C. c. D.B.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-015273-029, 17 décembre 2002, j. Richard; *M.R. c. É.P.*, C.S. Alma, n° 160-04-000086-029, 15 novembre 2002, j. Babin; *L.L. c. M.O.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-015234-021, 5 décembre 2002, j. Gosselin; *D.C. c. M.R.*, C.S. Québec, n° 200-12-065165-004, 5 septembre 2002, j. Taschereau; *C.C. c. L.L.*, C.S. Beauharnois, n° 760-12-014806-982, 1<sup>er</sup> mars 2002, j. Jolin : les parties sont les parents d'un fils de onze ans, dont la mère assume la garde depuis leur séparation. Monsieur demande l'établissement d'une garde partagée. Depuis la dernière ordonnance, il n'a pas exercé tous les droits d'accès dont il bénéficiait, la mère ayant même proposé de les prolonger en certaines occasions, opportunité que le père n'a pas utilisée. Il n'y a pas lieu d'établir une garde partagée. Voir, *C.D. c. M.M.*, C.S. Rouyn-Noranda, n° 600-12-002957-019, 25 avril 2002, j. Guertin : la disponibilité de monsieur est très limitée pour ses enfants, il quitte la résidence tôt le matin et effectuerait du travail les fins de semaine.

<sup>74</sup> *C.T. c. A.M.*, C.S. Alma, n° 160-04-000073-027, 17 octobre 2002, j. Babin; *JAN. L. c. JA. T.*, C.S. Abitibi, n° 170-04-000022-007, 31 octobre 2002, j. Duchesne; *J.L. c. P.C.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-014725-011, 21 février 2003, j. Godin.

<sup>75</sup> *J.D. c. D.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004157-024, 28 juin 2002, j. Richard.

<sup>76</sup> *I.B. c. G.R.*, C.S. Frontenac, n° 235-04-000119-978, 19 décembre 2000, j. Allard; *L.G. c. D.G. R.*, C.S. Montréal, n° 500-04-023499-008, 22 mai 2002, j. Côté.

<p><i>La communication</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Les parents étaient en mesure de discuter avant la séparation des questions importantes concernant le meilleur intérêt de l'enfant</li> <li>2. Il doit exister une certaine possibilité pour les parties de s'entendre, de pouvoir discuter dans un climat de confiance et de respect</li> <li>3. Le parent a la volonté de régler rapidement la question financière.</li> <li>4. La communication sera évidemment facilitée si les parties partagent des valeurs éducatives et morales comparables et un mode d'intervention auprès de l'enfant.</li> <li>5. Les parties sont en mesure de mettre de côté leurs conflits conjugaux et de se recentrer sur le meilleur intérêt de l'enfant; ainsi, son rôle parental est au centre de ses préoccupations et orienté vers l'enfant</li> </ol>
<p><i>La stabilité du domicile</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. On réduit le nombre de «foyers» de l'enfant en assurant une certaine routine</li> <li>2. Le parent a démontré antérieurement à la séparation sa stabilité en matière de relations personnelles et d'environnement (par ex.: pas de déménagements nombreux et injustifiés, de nombreux changements d'emplois pas toujours justifiés)</li> </ol>

93

Le Tribunal se retrouve actuellement (et se retrouvera) devant une tâche plus complexe car il devra évaluer le meilleur intérêt de l'enfant selon les critères mentionnés ci-dessus, la capacité parentale de chacune des parties, évaluer le meilleur

parent pour répondre aux besoins spécifiques de l'enfant... à moins évidemment d'opter pour la tendance lourde.

## B. La maturité et le désir de l'enfant

94 La maturité de l'enfant tant de mandater un procureur ou encore d'évaluer la valeur à attribuer à son désir, peut être contestée devant le tribunal<sup>77</sup>. L'arrêt *F.(J.) c. L.(C.)*<sup>78</sup>, dont nous citons les passages suivants, constitue une étude intéressante du concept de la maturité de l'enfant en contexte d'aliénation parentale :

95 1. V... est âgée de 11 ans. A-t-elle la maturité nécessaire pour exprimer ses vues et ses désirs et donner mandat à son avocat, Me Molpeceres ? Dans la négative, quelles sont la nature et l'étendue du mandat de l'avocat ? Telles sont les questions que l'avocat de V... pose au tribunal.

96 [...]

97 Après avoir considéré l'ensemble de la preuve, il est manifeste qu'il existe un contexte d'aliénation parentale dans ce dossier.

98 20. Monsieur Robert Denis, psychologue mandaté par Me Molpeceres, évalue l'enfant et signe un rapport écrit le 4 novembre 2002 dans lequel il conclut que l'enfant n'est pas à même d'exercer un jugement raisonnablement dégagé et libre.

99 [...]

100 29. Suite à sa lecture de cet arrêt et à ses observations de V..., Me Molpeceres s'interroge sur la maturité de V... et sur sa capacité de lui donner un mandat. Il décide de déposer la présente requête pour faire statuer le Tribunal sur cette question.

101 [...]

<sup>77</sup> *Droit de la famille - 1549*, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.). Ce qui se fait de plus en plus d'ailleurs, la capacité de mandater ayant un lien direct avec l'étendue du mandat de l'avocat, voir *F. (M.) c. L. (J.)* REJB 2002-29840 (C.A.); *C.B. c. R.L.*, C.S. Saint-François, n° 450-04-004443-007, 11 novembre 2003, j. Bellavance; *F.(J.) c. L.(C.)* REJB 2003-48773 (C.S.) ou J.E. 2003-1988; *J.D. c. D.C.*, C.S. Rivière-du-Loup, n° 250-04-000155-948, 13 novembre 2003, j. Bouchard; *N.C. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel.

<sup>78</sup> REJB 2003-48773 (C.S.) ou J.E. 2003-1988.

- 102 38. Dans le présent dossier, le Tribunal se retrouve donc avec un procès à l'intérieur d'un procès : un parent prétend que l'enfant est capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à son avocat, l'autre prétend que non. L'avocat de l'enfant ne prend pas position mais demande au Tribunal de trancher la question. L'audition de la requête a duré deux jours. V... est-elle capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à Me Molpeceres ?
- 103 [...]
- 104 62. Le Tribunal est d'avis que la réponse à cette question est affirmative.
- 105 63. Le juge Rothman, dans *M.F. c. J.L.* , décide que l'enfant peut ou non être capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à son avocat « depending on his age, maturity and other circumstances ».
- 106 64. L'âge de V... ne pose pas problème ici. C'est une enfant de 11 ans, capable de s'exprimer sans difficulté.
- 107 65. Le cœur des argumentations a porté sur la signification qu'il faut donner au terme « maturité ». Comment définit-on la maturité ? S'agit-il d'une évaluation strictement intellectuelle ? Faut-il également évaluer la maturité affective de l'enfant ?
- 108 66. Tel que déjà mentionné, la Cour d'appel n'a pas élaboré sur cette question dans *M.F. c. J.L.*
- 109 67. Le juge Rothman utilise les termes « sufficiently mature to express himself on a vital question », « a child capable of expressing his wishes », « a mature and capable child », « sufficiently mature to express his wishes and instruct counsel ». Le juge Pelletier utilise les termes « maturité requise pour exprimer ses vues », les capacités intellectuelles... pour qu'elle soit en mesure d'exprimer des vues dont la prise en compte serait nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts », « capacité d'exprimer ses propres désirs et attentes ». Le juge Chamberland utilise les termes « en mesure d'exprimer sa volonté », « les capacités intellectuelles », « les capacités intellectuelles voulues pour exprimer des vues sur ce que serait son meilleur intérêt ».

- 110 68. Rien dans les termes utilisés par la Cour d'appel ne laisse croire qu'il faut que l'enfant soit capable d'exprimer les mesures à prendre dans son meilleur intérêt. Tout ce que la Cour semble exiger, c'est que l'enfant soit capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à son avocat.
- 111 69. Il n'y a pas vraiment de jurisprudence ayant analysé, depuis le jugement de la Cour d'appel, comment un tribunal doit évaluer la maturité ou la capacité d'un enfant de donner des instructions à un avocat.
- 112 70. Personne ici ne met en doute le fait que V... soit capable d'exprimer ses désirs. Ses désirs ont d'ailleurs été divulgués à différents intervenants dans le dossier : elle ne veut pas voir son père. Il est possible que ses désirs ne concordent pas avec son meilleur intérêt. Elle ne serait pas la première justiciable à faire à la Cour des représentations qui ne sont pas dans son intérêt. Le Tribunal n'a pas encore entendu la preuve des parties et de l'enfant qui lui permettrait de décider ce qui est dans l'intérêt de V... et ne croit pas qu'il faille répondre à cette question dans le cadre de la présente requête.
- 113 71. L'expression de désirs peut-elle être faite avec maturité alors qu'existe une reconnaissance judiciaire d'aliénation parentale?
- 114 72. Dans *M.F. et J.L.*, il y avait allégation d'aliénation parentale. La Cour d'appel a décidé qu'il appartenait au Tribunal de soupeser les désirs exprimés par l'enfant à la lumière de la preuve sur la manipulation ou aliénation :
- 115 73. « Maturité » est définie dans les dictionnaires :
- 116 74. Maturité de l'esprit, d'esprit; et Maturité : sûreté de jugement, qui s'acquiert d'ordinaire avec l'âge, l'expérience.
- 117 2. (PSYCHO.) Qui a atteint la maturité intellectuelle et affective.
- 118 75. Les experts ont tenté d'éclairer le Tribunal sur la définition de la « maturité ».
- 119 76. Les deux experts sont d'avis qu'il serait erroné de parler de « maturité intellectuelle », l'intelligence n'étant pas une garantie de maturité. Il ne faudrait

- pas non plus parler de « maturité cognitive ». Une personne peut avoir de larges connaissances et ne pas être mature. La maturité est une notion beaucoup plus large. Elle inclurait le niveau émotif et affectif. La maturité affective serait difficile à mesurer.
- 120 [...]
- 121 80. Il semble acquis que V... est très intelligente.
- 122 81. Le Tribunal croit également que V... a également atteint une certaine maturité affective. Son attitude ne démontre peut-être pas de maturité à l'égard de son père, mais, de manière générale, la preuve n'a révélé aucune difficulté dans ses relations avec ses professeurs ou avec ses amies.
- 123 82. Le Tribunal croit qu'il faut absolument traiter séparément la question de l'aliénation parentale et celle de la maturité. La maturité et l'aliénation parentale sont deux concepts distincts.
- 124 83. Le Tribunal est d'avis qu'il ne faut pas étudier l'existence ou l'impact de l'aliénation parentale dans le présent dossier en dissociation des autres éléments de preuve qui seront déposés et autres arguments qui seront soulevés lors de l'audition de la requête pour modification des mesures accessoires. Le Tribunal appelé à statuer sur la garde et les droits d'accès doit avoir un portrait global de la situation de l'enfant.
- 125 84. Le Tribunal croit que même si l'aliénation parentale a été constatée par jugement et existe possiblement toujours, V... est capable d'exprimer ses désirs et de donner mandat à son avocat.
- 126 85. Le Tribunal estime plutôt que le juge qui sera saisi de la requête pour modification des mesures accessoires constatera rapidement le contexte exceptionnel de ce dossier et saura tirer les conclusions appropriées. Il appartiendra au juge saisi de la requête en modification des mesures accessoires de décider du poids à accorder aux désirs de l'enfant.
- 127 86. Au besoin, le Tribunal fera nommer un autre avocat à titre d'*amicus curiae*. La Cour d'appel avait discuté cette option dans son jugement [...].
- [Nos soulignés]



- 128 On peut aussi citer une décision en provenance de la Colombie-Britannique, l'affaire *Lewis c. Lewis*<sup>79</sup>, prononcée le 12 mars 2002. En l'espèce, un des parents demande d'avoir accès au dossier du procureur à l'enfant car il soupçonne ce dernier d'être de connivence avec la mère. Le Tribunal refuse la demande en s'appuyant sur l'existence du secret professionnel.
- 129 L'enfant est-il en mesure de prendre les décisions qui sont contraignantes à l'égard des titulaires de l'autorité parentale dans l'accomplissement de leurs devoirs par l'expression de sa volonté ou de souhaits ?
- 130 Selon Gérard Trudel, dans son *Traité de droit civil du Québec*<sup>80</sup>, le contenu des obligations qui résultent de l'autorité parentale peut se définir comme suit :
- 131 Par nourrir, on entend tout le nécessaire à l'alimentation physique. L'entretien est le devoir de satisfaire les besoins matériels de la vie : vêtements, logement, remèdes, etc. Élever les enfants, c'est leur donner les soins requis pour le développement de leur esprit et la préparation de leur avenir.
- 132 Le juge André Sirois, dans un jugement du 16 février 1982, énonce lui aussi ce qu'il entend par ces obligations et s'exprime ainsi, à la page 8 de son jugement :
- 133 Il est sûr que d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation d'un enfant ne peut uniquement se résumer à une question de secours financier. C'est bien plus une attitude globale d'une personne dans ses relations avec son fils en vue d'assurer un lien d'amour, d'éducation et un soutien vers la maturité, que ce soit par l'aide personnelle et financière. Cette aide personnelle et la relation établie entre un enfant et son père se doivent d'être évaluées, non pas avec des critères absolus mais en regard des possibilités, des qualités intrinsèques du milieu dans lequel vivent ces personnes.<sup>81</sup>
- 134 Où doit-on placer la barre dans l'évaluation de la maturité pour qu'elle justifie qu'on puisse l'utiliser à l'encontre de la volonté des titulaires de l'autorité parentale ? Rappelons

<sup>79</sup> 2002BCSC 37, site Internet: CanLII.

<sup>80</sup> Tome 1, p.469.

<sup>81</sup> [1993] R.D.F. 1, 7 et 8 (C.Q.).

que l'intérêt de l'enfant est une des limites importantes apportées à l'autorité parentale, doit-on y ajouter l'opinion d'un enfant qui, sauf exception, ne peut évaluer sa situation qu'à court terme et parfois dans un contexte d'aliénation, ce qui permet d'entretenir de sérieux doutes sur sa capacité de comprendre les conséquences de ses désirs<sup>82</sup> ? La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Starson c. Swayze*<sup>83</sup> était appelée à se prononcer sur le concept de capacité dans le cadre du consentement aux soins<sup>84</sup>. La majorité indique ce qui suit :

135

78. La détermination de la capacité exige l'application de deux critères. Premièrement, la personne concernée doit être apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant un traitement. Pour ce faire, cette personne doit avoir la capacité cognitive d'analyser, de retenir et de comprendre les renseignements pertinents. Il ne fait aucun doute que l'intimé a satisfait à ce critère. Deuxièmement, la personne concernée doit être apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision. Pour cela, cette personne doit être apte à appliquer les renseignements pertinents à sa situation et à évaluer les risques et les avantages prévisibles découlant d'une décision ou de l'absence de décision.

[Nos soulignés]

136

Peut-on en tirer une analogie et interpréter de cette façon le concept de capacité ? De maturité ? Un comité du Barreau du Québec se penche présentement sur la question de la représentation de l'enfant mineur et du mandat de son procureur. À suivre.

<sup>82</sup> *S.O. c. A.Z.*, J.E. 2003-2245 (C.S.) (En appel).

<sup>83</sup> [2003] 1 R.C.S. 722. Pour un commentaire de cette décision, voir : LUSSIER, Sylvain, « L'arrêt *Gharavy* à la lumière de l'arrêt *Starson* » dans *Responsabilités et mécanisme de protection*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2004, vol.200, 237.

<sup>84</sup> L'article en question se lisait comme suit : 4. (1) Toute personne est capable à l'égard d'un traitement, de son admission à un établissement de soins ou d'un service d'aide personnelle si elle est apte à comprendre les renseignements pertinents à l'égard de la prise d'une décision concernant le traitement, l'admission ou le service d'aide personnelle, selon le cas, et apte à évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence de décision.

## C. La garde partagée au stade provisoire ou de l'ordonnance de sauvegarde

### 1. Le stade provisoire

137 La jurisprudence maintient le cap, citons le passage  
suivant :

138 3. Cela étant, ce que la demanderesse demande  
maintenant c'est la modification d'une mesure  
provisoire sur laquelle le défendeur et elle se sont  
entendus et dont les enfants ont été informés à  
l'époque. Dans un tel contexte, et considérant qu'il  
faut présumer au départ que cette entente a été  
conclue dans le meilleur intérêt des enfants,  
l'intervention du Tribunal ne se justifie que dans la  
mesure où il est survenu par la suite un changement  
véritablement important ou que l'audition du fond  
tarde à venir. On ne se trouve, ici, dans aucune de  
ces deux situations<sup>85</sup>.

139 Cet énoncé est représentatif de la tendance actuelle. Il  
est possible de statuer sur la garde au stade provisoire si le  
Tribunal dispose d'une preuve complète<sup>86</sup>, ce qui sera plutôt  
rare à cette étape. S'il y a eu entente au préalable, il faudrait  
accorder beaucoup de poids à la volonté des parties au sens  
de l'arrêt *Miglin*<sup>87</sup>.

140 Au stade provisoire, l'élément stabilité a une importance  
particulière, voir *Droit de la famille-224*<sup>88</sup>; à cette étape, la  
garde ne saurait être modifiée à moins de raisons extrêmement  
importantes justifiant un changement au *statu quo*. Le Tribunal  
devrait avoir une approche attentiste pendant l'instance<sup>89</sup>.  
Nous croyons pertinent de souligner qu'il s'agit d'une prudence  
de bon aloi alors que tout n'a pas été dit, ni entendu à ce stade  
des procédures, cette attitude est à encourager. Par exemple :

141 La rupture des parties est récente et les blessures  
qu'elle a causées demeurent à fleur de peau.

<sup>85</sup> *N.B. c. J.-P.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004618-025, 14 août 2003,  
j. Tachereau.

<sup>86</sup> *M.-C.L. c. M.-A.B.* [2003] R.D.F. 680 (C.S.).

<sup>87</sup> *C.P. c. J.M.*, C.S. Montréal, n° 500-12-245311-992, 16 septembre 2003,  
j. Emery.

<sup>88</sup> J.E. 850-776 (C.A.).

<sup>89</sup> *J.Y.H. c. C.B.*, C.S. Arthabaska, n° 415-12-005759-043, 9 février 2004,  
j. Taschereau.

Considérant la nature des reproches que les parties s'adressent, il vaut mieux s'en remettre à une décision à caractère vraiment provisoire. Cela permettra aux parties de prendre un recul afin d'être en mesure d'envisager plus sereinement la question de garde de l'enfant à long terme. Le Tribunal sera également plus à même de prendre une décision plus éclairée pour le plus long terme, à la lumière de la conduite des parties à l'endroit de l'enfant et entre elles dans l'intervalle.

142 En conséquence, le Tribunal refuse de statuer sur la garde pendant l'instance se limitant à décider du lieu de résidence de l'enfant pendant ce temps<sup>90</sup>.

143 Le juge Senécal indique ce qui suit :

144 Il est clair qu'on ne peut décider d'une nouvelle ordonnance intérimaire à toutes les semaines. Même si l'ordonnance n'est pas, par nature, investie de la même autorité que le jugement sur mesures provisoires ou au fond, on ne peut pour autant la modifier à tout bout de champ. En l'espèce, le retour de la mère au Québec constitue, selon la Cour, un changement qui permet de reconsidérer la situation. On doit éviter de créer au stade intérimaire, nous citons : « un nouveau *statu quo* ou s'en inventer un pour qu'il puisse être invoqué! ».<sup>91</sup>

## 2. L'ordonnance de sauvegarde

145 L'étape de l'ordonnance intérimaire ou de l'ordonnance de sauvegarde n'est pas la plus appropriée pour procéder à des modifications substantielles au niveau de la garde<sup>92</sup>. Nous avons déjà exprimé l'opinion que l'ordonnance intérimaire (ou de sauvegarde) n'était pas le moment le plus souhaitable pour déterminer les modalités de garde et qu'il y avait lieu de s'en rapporter au *statu quo* et au meilleur intérêt de l'enfant, bref la prudence est de mise<sup>93</sup>. Il est en effet essentiel de permettre à

<sup>90</sup> *M.J.G. c. R.T.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-12-014730-011, 2 novembre 2001, j. Taschereau; *D.R. c. D.I.C.*, C.S. Québec, n° 200-04-006882-995, 7 décembre 2001, j. Lacroix.

<sup>91</sup> *Y.T. c. D.C.E.*, C.S. St-Hyacinthe, n° 750-12-011103-020, 8 août 2002, j. Senécal ou REJB 2002-33575.

<sup>92</sup> TÉTRAULT, Michel, *La garde partagée*, 2000, Carswell.

la Cour de bénéficier du meilleur éclairage possible. Nous citons :

146 On an application for interim relief, to the extent possible, nothing should be done at this stage which would in any way prejudice the parties or prejudice the case of the Judge who will be hearing the *Motion* on the merits.<sup>94</sup>

#### D. La notion de changement

147 Nous souhaitons souligner quelques particularités en matière de garde ou de changement des modalités d'accès. On doit noter que les tribunaux ont tendance, au stade de la sauvegarde et même des mesures provisoires, à maintenir le *statu quo*, on ne modifie pas les habitudes de vie des enfants sans cause suffisante. Un changement doit être intervenu et doit avoir modifié fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir<sup>95</sup>. Le changement doit affecter directement les enfants, en accord avec les principes de l'arrêt *Gordon c. Goertz*.<sup>96</sup> En vertu de cette décision, le test est le suivant et il se résume comme suit :

148 a) Est-il survenu un changement **important** dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de la dernière ordonnance de garde ?

149 b) Ce changement a-t-il modifié **fondamentalement** les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir ?

150 c) Il doit s'agir d'une **situation nettement différente** de ce que le Tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance.

---

<sup>93</sup> *J.L. c. R.G.*, C.S. Abitibi, n° 615-04-001355-012, 22 janvier 2002, j. St-Julien; *J.G. c. L.R.*, C.S. Québec, n° 200-04-004612-980, 22 mai 2002, j. Gendreau. *L.D. c. Y.C.*, C.S. Hull, n° 550-04-007094-010, 22 novembre 2001, j. Landry.

<sup>94</sup> *M.R. c. D.G.*, C.S. Montréal, n° 500-12-262523-024, 5 avril 2002, j. Silcoff.

<sup>95</sup> *É.G. c. F.L.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-017039-960, 23 août 2002, j. Hallée, voir *Droit de la famille-2210*, [2000] R.D.F. 297 (C.S.).

<sup>96</sup> [1996] 2 R.C.S. 27, voir *L.T. c. D.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000982-004, 18 avril 2002, j. Isabelle; *C.B. c. G.L.*, C.S. Hull, n° 550-04-022578-975, j. Frenette.

151 Ne constituent pas un changement suffisant pour entraîner une modification des modalités de garde ou d'accès les situations suivantes :

- ◆ le fait que l'intimé prenait un congé sabbatique et qu'il aurait alors été disponible pour s'occuper de l'enfant<sup>97</sup> ;
- ◆ le fait qu'un parent soit plus disponible ne constitue pas en soi un changement entraînant d'emblée une modification aux modalités de garde. On doit plutôt considérer l'effet du changement en fonction du meilleur intérêt de l'enfant<sup>98</sup> ;
- ◆ l'opinion d'un enfant de neuf ans qui en soit n'est pas déterminante ne saurait constituer un changement suffisant<sup>99</sup>. Il en irait de même d'un enfant de six ans<sup>100</sup>. Par ailleurs, le fait que l'enfant ait vieilli et acquis de la maturité ne devrait-il pas constituer un changement, oui lorsque l'enfant atteint l'âge raisonnable lui permettant de manifester son désir de changer de parent gardien<sup>101</sup> ;
- ◆ le seul fait qu'un parent ait pu modifier son horaire pour permettre l'établissement d'une garde partagée n'est pas en soi un changement important dans la situation de l'enfant; la situation actuelle sert le meilleur intérêt de l'enfant, la seule augmentation de la disponibilité n'est pas en soi un changement suffisant<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> *Droit de la famille – 603*, [1989] R.L. 320 (C.A.).

<sup>98</sup> *G.(F.) c. D.(J.)*, REJB 2002-31365 (C.S.); *L.T. c. D.B.*, [2002] R.D.F. 442 (C.S.); *B.(P.) c. S.(B.)*, REJB 2002-32089 (C.S.); *L.T. c. D.B.*, [2002] R.D.F. 442 (C.S.); *A.L. c. M.F.G.*, C.S. Montréal, n° 500-12-259590-010, 10 avril 2003, j. Mongeon; *P.L. c. D.B.*, C.S. Montréal, n° 500-04-001292-938, 2 décembre 2002, j. Mongeon.

<sup>99</sup> *G.T. c. P.N.*, C.S. Québec, n° 200-12-065267-016, 16 septembre 2002, j. Corriveau.

<sup>100</sup> *J.C. c. G.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004239-020, 2 décembre 2003, j. Legris.

<sup>101</sup> *N.C. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel ou J.E. 2004-282; *J.D. c. V.P.*, J.E. 2004-16 (C.S.).

<sup>102</sup> *M.D. c. C.L.*, [2002] R.D.F. 145 (C.S.) ou REJB 2001-28020 ou C.S. Laval, n° 540-12-001059-930, 14 décembre 2001, j. Hilton; *N.L. c. D.V.*, C.S. Rimouski, n° 100-04-001001-981, 21 mai 2002, j. Gendreau; *F.G. c. J.D.*, J.E.

152 Nous procéderons ensuite à une revue de la littérature scientifique en regard de la garde partagée et de ses effets sur les enfants.

### III.- LA GARDE PARTAGÉE ET LA LITTÉRATURE SCIENTIFIQUE

#### A. De l'importance de la littérature scientifique

153 La sociologie conserve toute son importance en droit de la famille :

154 [...] Dans la sphère du droit familial, la preuve des réalités sociales – parfois appelée preuve du cadre social – peut jouer un rôle à la fois important et nécessaire en combattant les mythes et stéréotypes populaires. Mais surtout, le recours plus explicite à cette preuve par les universitaires, les avocats et les juges peut faire en sorte de diminuer la possibilité que ces mythes et stéréotypes se transforment, *de facto*, en conclusions de droit, même lorsque ces conclusions défient la réalité sociale. Ainsi, le renvoi au contexte social peut jeter un éclairage pertinent sur des questions telles que les conséquences économiques de la séparation ou du divorce sur les ex-conjoints, la valeur monétaire du travail domestique, les coûts réels afférents à l'entretien et à l'éducation des enfants, le rôle du principal dispensateur de soins dans la famille («primary caregiver») et le lien entre les droits d'accès et le bien-être des enfants, l'impact du conflit parental sur les enfants ou la réalité des unions de personnes de même sexe. En imprégnant le droit de la famille du contexte social, nous nous assurons qu'il soit tenu compte du point de vue et des intérêts de toutes les parties concernées – hommes, femmes et enfants.<sup>103</sup>

---

2002-863 (C.S.); *L.T. c. D.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000982-004, 18 avril 2002, j. Isabelle; *C.B. c. G.L.*, C.S. Hull, n° 550-04-022578-975, j. Frenette; *I.C. c. P.R.*, C.S. Mingan, n° 650-12-003305-981, 27 mai 2002, j. Corriveau; *J.C. c. G.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004239-020, 2 décembre 2003, j. Legris.

103 L'HEUREUX-DUBÉ, Claire, « Droit de la famille à l'aube du 20<sup>e</sup> siècle : la marche vers l'égalité », (1997-1998) 28 *R.D.U.S.* 3,9 et 10.

155 Ce qui, en l'espèce, explique notre intérêt relatif aux sciences sociales. Nous avons eu l'occasion depuis l'introduction de renvoyer le lecteur à des recherches et études sociologiques en matière de garde. L'autre avantage d'étudier ce qui se passe au niveau de la recherche scientifique est que ce domaine ne fait pas partie de la connaissance judiciaire; or, il faut éviter que la discrétion judiciaire confiée aux tribunaux<sup>104</sup> dans le domaine de la garde ne deviennent arbitraire ou ne tienne pas compte de la réalité vécue par les enfants. L'étude de la littérature scientifique permet d'éviter cet écueil et de ne pas s'en remettre uniquement aux croyances des parties en cause, notamment le juge.

156 Un article récent traitait de la possibilité, dans certains cas, que la garde partagée ait été retenue par les parties pour laisser à chacun des parents du temps pour soi<sup>105</sup>. Qu'en pensent les auteurs et chercheurs, c'est ce que nous nous proposons de vérifier dans le présent titre.

#### **B. L'effet de la rupture : coup d'œil sur certaines recherches**

157 Réitérons en premier lieu les commentaires du docteur Otis :

158 D'abord, il appert important de préciser trois points sur lesquels il semble y avoir consensus parmi les spécialistes : 1. la présence d'une situation conflictuelle avant et après le divorce est le principal élément responsable des conséquences nocives pour l'enfant à la suite de la séparation de ses parents; donc, une famille stable dont les parents sont séparés est préférable pour un enfant à une famille dont les deux parents sont présents mais en conflit; 2. dans les familles où il n'y a pas de conflit, après le trauma initial de la séparation, les enfants sont aussi bien adaptés émotionnellement que dans les familles avec deux parents; 3. à la suite d'une séparation, il est simpliste et tout à fait erroné de

<sup>104</sup> *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014.

<sup>105</sup> GIRARD, Marie-Claude, « Du temps pour soi : Prix de consolation de la garde partagée », *La Presse*, 8 mars 2003.



- croire que les conséquences sont identiques pour tous les enfants.<sup>106</sup>
- 159 Deux études ont retenu notre attention : *Children of Divorce in the 1990s: A Meta –Analysis*<sup>107</sup> et *The Language and Ideology of Shared Parenting in family Law Reform: A Critical Analysis*<sup>108</sup>.
- 160 Dans le document *Children of Divorce*, les chercheurs ont procédé à l'étude de 35 articles publiés pendant la période 1990-1999, dans le but de vérifier les effets à long terme de la rupture des parents sur leurs enfants. Ils ont donc procédé à vérifier les indicateurs suivants :
- ◆ les résultats scolaires ;
  - ◆ le comportement ;
  - ◆ l'ajustement psychologique ;
  - ◆ l'estime de soi ;
  - ◆ l'ajustement social ;
  - ◆ la relation mère-enfant ;
  - ◆ la relation père-enfant.
- 161 Le document de Amato et Keith (1991) visait à vérifier le bien-être des enfants issus de familles intactes et divorcées pour les décennies allant de 1950 à 1980 inclusivement<sup>109</sup>. Cette recherche démontrait que les effets néfastes vécus par les enfants post-rupture tendent à diminuer (ou à être moins ressentis) en fonction de l'écoulement du temps.

<sup>106</sup> OTIS, Rodrigue, « Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, 109, 119.

<sup>107</sup> REIFMAN, Alan, Laura C. VILLA, Julie A. AMANS, Vasuki RETHINAM et Tiffany Y. TELESKA, « Children of Divorce in the 1990s: A Meta –Analysis » (2001) 36 *Journal of Divorce and Remarriage* 27 [ci-après: *Children of Divorce*].

<sup>108</sup> HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1 [ci-après: *Ideology of Shared Parenting*].

<sup>109</sup> AMATO, P.R. et B. KEITH, « Parental Divorce and the Well-being of Children: A Meta-Analysis », (1999) *Psychological Bulletin* n° 110, 26.

- 162 L'étude *Children of Divorce* conclut qu'il y a eu une détérioration à ce sujet pendant les années 1990 et que l'adaptation se ferait plus difficilement pour les enfants du divorce en comparaison avec les enfants provenant de familles intactes. Les détériorations les plus significatives en rapport avec les dernières décennies visent les relations père-enfant et les problèmes de comportement. Quant aux autres indicateurs, on note une très légère tendance à la détérioration. Les difficultés liées à la relation parent-enfant proviendraient du fait que père et enfant ne résident pas ensemble<sup>110</sup>.
- 163 Dans un premier temps, l'article *Ideology of Shared Parenting* procède à une revue de toutes les démarches de consultation du gouvernement fédéral pendant les années 1990<sup>111</sup>. La première conclusion à laquelle en vient l'auteure consiste à indiquer qu'il y a fréquemment peu de corrélation entre l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la garde partagée et ce qui est vécu dans la réalité par les parties impliquées. Dans certains cas, une garde exclusive ressemble plus encore à la coparentalité que les meilleures dispositions prises dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ou de la garde partagée. On y retrouve autant de communication, de consultation et d'entente concernant le mieux-être de l'enfant, alors que ce que certains jugements qualifient d'exercice conjoint de l'autorité parentale ou de garde partagée en droit ressemble plus à une garde exclusive, les mères assumant à toutes fins pratique la totalité des responsabilités parentales<sup>112</sup>.
- 164 L'auteure indique en deuxième lieu, et nous paraphrasons, que dans un district judiciaire donné où il y a dans les faits une présomption de fait favorable à la garde partagée, le concept de négociation ou de médiation entre les parties demeure... un concept, la partie voulant conserver la garde

---

<sup>110</sup> Une étude de A. SHAPIRO et J.D. LAMBERT, « Longitudinal Effects of a Divorce on the Quality of the Father and Child Relationship and on Father's Well-being », (1999) *Journal of Marriage and the Family*, 61.

<sup>111</sup> HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1, 6.

<sup>112</sup> *Id.*, p. 11.

exclusive devant procéder aux compromis qui s'imposent ou risquer un procès dont elle croit déjà connaître l'issue<sup>113</sup>.

165 À défaut de règlement et en fonction du type de personnes auquel on a affaire, le conflit parental est l'indicateur à surveiller. Mais qu'est-ce qu'un conflit ? Le concept est difficile à définir<sup>114</sup>. On peut identifier certains éléments du comportement humain qui laissent voir qu'il y a conflit : le refus ou l'inhabileté à communiquer, interférer dans la transmission de l'information relative à l'enfant, retarder le paiement ou ne pas verser la pension alimentaire, le refus de permettre les contacts avec l'enfant (en personne, au téléphone ou autres), de violentes disputes et même de la violence physique. Comme nous l'avons déjà mentionné, les conflits affectent l'adaptation des enfants à la rupture. Selon le niveau de conflit, on retrouve chez l'enfant, de même que chez les parents et à divers degrés un ou plusieurs des éléments suivants : de la peur, de la tristesse, de la culpabilité, un sentiment d'abandon, un manque de confiance, de la colère, de l'hostilité ou un sentiment d'impuissance. Le type d'intervention, notamment la modalité de garde, auprès de ces familles ne devrait-il pas tenir compte du niveau de conflit et de tension qui existe ? Lorsque le niveau de conflit est peu élevé ou qu'il y a absence de conflit, les enfants devraient (sous réserve de la présence des autres critères favorisant la garde partagée) pouvoir bénéficier de contacts enrichissants avec chacun des parents. Dans les autres cas, il est peut-être préférable notamment pour des raisons de stabilité, d'envisager des modalités de garde et de prise de décisions qui auront pour effet de limiter l'exposition des enfants au conflit ; à défaut on pourrait constater une dégradation dans les relations parents-enfants.

166 Soulignons que lorsqu'il existe un niveau moyen ou élevé de conflit, les nombreux échanges que peut justifier une garde partagée ou l'exercice conjoint de l'autorité parentale

<sup>113</sup> *Id.*, p. 19; MNOONKIN, H.H. et L. KORNHAUSER, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce », (1979) 88 *Yale L.J.* 950; MACCOBY, E.E. et R.H. MNOONKIN, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*, Cambridge and Harvard University Press, 1992, p.154-160.

<sup>114</sup> STEWART, R. « The Early Identification and Streaming Cases of High Conflict Separation and Divorce: A Review », site Internet: [http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early\\_identification.pdf](http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early_identification.pdf).

peuvent avoir pour effet d'exacerber le conflit parental<sup>115</sup>, sans négliger l'impact sur les capacités parentales ou l'exercice d'une forme de coparentalité.

167 Une étude indique que de 10 % à 15 % des divorces génèrent des conflits sévères entre les parties et ce, même après la période normale d'ajustement qui serait de 18 à 24 mois<sup>116</sup>. Une autre recherche conclut qu'environ 14 % des couples divorcés ont conservé une excellente relation<sup>117</sup>, 43 % réussissent à collaborer et ils réussissent à éviter les conflits ouverts, même à les solutionner. Puis un dernier 20 % des couples sont impliqués dans de plus intenses conflits et connaissent des difficultés récurrentes à en contrôler le niveau (lire leurs émotions).

168 Maccoby et Mnookin dans leur étude, qui demeure fréquemment citée et utilisée même si elle date de dix ans<sup>118</sup> confirment qu'il n'existe pas de consensus sur la meilleure façon de répartir le temps parental avec l'enfant. De plus, ils ont constaté que les enfants qui résidaient à temps plein ou en mode partagé chez leur père finissaient, dans la majorité des cas, par résider avec leur mère<sup>119</sup>. Force est d'admettre que les études plus récentes auxquelles nous avons fait référence ne permettent pas d'en arriver, même aujourd'hui, à un

115 STEWART, R. « The Early Identification and Streaming Cases of High Conflict Separation and Divorce: A Review », site Internet: [http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early\\_identification.pdf](http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early_identification.pdf) ; HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1, 23.

116 STEWART, R., « The Early Identification and Streaming Cases of High Conflict Separation and Divorce: A Review », site Internet: [http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early\\_identification.pdf](http://canada.justice.gc.ca/en/ps/cca/reports/early_identification.pdf) » ; MACCOBY, E.E. et R.H. MNOOKIN, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*, Cambridge and Harvard University Press, 1992, p.154-160.

117 WHITESIDE, M.F., « The Parental Alliance Following Divorce: An Overview », (1998) 24 *Journal of Marital and Family Therapy*, 3, 8. Au même effet et selon les mêmes proportions : LAMB, M.E., K.J. STEINBERG et R.A. THOMPSON, « The Effects of Divorce and Custody Arrangements on Children's Behaviour, Development and Adjustment », (1997) 35 *Family and Conciliations Courts Review*, 394.

118 MACCOBY, E.E. et R.H. MNOOKIN, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*, Cambridge and Harvard University Press, 1992 HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.* 1.

119 MACCOBY et MNOOKIN, *supra*, p. 56.

consensus. Maccoby et Mnookin concluent par ailleurs que l'impact d'une modalité de garde dépend de la nature de la relation entre les parents séparés; dans de bonnes conditions, le maintien de relations significatives avec chaque parent ne peut que bénéficier à l'enfant<sup>120</sup>. On en revient à nos commentaires du début où l'auteur appuyé par la littérature actuelle, ne peut conclure que c'est la modalité de garde qui détermine le degré de coopération entre les parents, c'est le niveau de conflit qui est déterminant.

169 Dans certaines juridictions, notamment l'État de Washington, l'insistance qui a été mise sur la poursuite de la coparentalité ou de l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'a pas eu l'effet recherché sur le niveau de collaboration. Une étude de 1998 sur les dispositions de cette loi a démontré que la prise de décision en commun ne fonctionnait pas bien («joint-decision does not work well») et que dans les faits, elle était peu fréquente chez les parents<sup>121</sup>. On expliquait cette situation, soit par l'absence de communication entre les parties ou par la distanciation qui survient après une rupture entre les parents.

170 L'expérience britannique et australienne a mené à des résultats similaires et même à une augmentation des conflits judiciaires<sup>122</sup>. Par ailleurs, élément intéressant, cette contrainte qui est faite aux parents de partager les responsabilités parentales a mené à une augmentation de la collaboration chez les parents... qui auraient de toute façon collaboré<sup>123</sup>.

171 On doit en venir à la conclusion que la poursuite de la coparentalité ou que le partage des responsabilités parentales sont des aspirations légales nobles mais qu'elles ne font pas partie de la réalité sociale<sup>124</sup>, en dépit de l'élément porteur qu'elles soutiennent, le maximum de consultation, de plus fréquents contacts et le mieux-être de l'enfant.

172 Les différentes modifications législatives et les tendances jurisprudentielles n'ont pas changé fondamentalement les

---

<sup>120</sup> MACCOBY et MNOOKIN, *supra*, p. 4 et 5.

<sup>121</sup> HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.*1, 30 et 40.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 33 et 35.

<sup>123</sup> *Id.*, p. 36.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 41.

rôles parentaux (nous vous renvoyons à nos commentaires dans la section sur la figure parentale principale)<sup>125</sup>. Les femmes demeurent très majoritairement les parents de référence<sup>126</sup>.

#### IV.- LA GARDE PARTAGÉE ET LES TRIBUNAUX

173 Après un tour d'horizon de l'historique, de la terminologie et en espérant avoir éliminé quelques préjugés, revu les critères d'attribution de la garde, comment la jurisprudence applique-t-elle ces concepts dans l'attribution de la garde partagée ? Le meilleur intérêt de l'enfant ?

##### A. Les critères de la Cour d'appel

174 Les critères permettant de conclure à une garde partagée imposée ont été énoncés par la Cour d'appel. Ces critères sont<sup>127</sup> :

- ◆ l'intérêt de l'enfant ;
- ◆ la stabilité ;
- ◆ la capacité des parents de communiquer ;
- ◆ la proximité des résidences de chaque parent ;
- ◆ l'absence de conflit ente ces derniers.

175 La Cour d'appel, qui s'est aussi prononcée sur la possibilité de contraindre les parties à une garde partagée, conclut que cette solution est envisageable même si un des parents refuse, ***pourvu qu'elle ait des chances de réussir***<sup>128</sup>

<sup>125</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>126</sup> MARCIL-GRATTON, Nicole et Céline LE BORDAIS, *Custody, Access and Child Support: Findings From the Longitudinal Survey of Children and Youth*, Département de Justice Canada.

<sup>127</sup> *Droit de la famille-3123*, J.E. 98-2091 (C.A.); *Droit de la famille-2955*, J.E. 98-746 (C.A.); *F.D. c. D.L.*, C.S. Beauce, n° 350-04-000012-006, 18 juin 2002, j. Hardy-Lemieux ; *J.L. c. F.S.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-04-002372-014, 24 avril 2002, j. Babin; *A.P. c. C.L.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-12-012494-017, 28 août 2002, j. Banford; *L.-A.C. c. P.B.*, [2002] *R.L.* 647 (C.S.); *N.C. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel; *C.F. c. F.B.*, C.S. Joliette, n° 705-04-008142-024, 12 février 2004, j. Verrier; *N.B. c. A.V.*, C.S.Hull, n° 550-12-021085-005, 13 février 2004, j. Fournier.

<sup>128</sup> *Droit de la famille – 301*, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.).

et ce, même si une des parties s'y oppose<sup>129</sup>. En effet, selon la Cour, on doit éviter de donner à un parent un droit de veto<sup>130</sup> sur l'établissement d'une possible garde partagée, en lui permettant de la rendre impossible notamment en refusant de communiquer avec l'autre partie ou en sabotant volontairement les communications, alors que la garde partagée (ou temps parental partagé) irait dans le sens du meilleur intérêt de l'enfant. Nous soumettons que la preuve des relations entre les parties pendant la période de cohabitation permettra au Tribunal de vérifier s'il s'agit uniquement d'un droit de veto d'un parent qui vise à faire échec à la garde partagée ou si on doit conclure que les relations entre les parties sont telles que démontrées lors de l'audition, particulièrement en matière de communication.

176

Avec déférence, nous croyons devoir souligner l'étude par le Tribunal des critères suivants dans l'évaluation du caractère approprié de l'établissement d'une garde partagée et qui permettent de tenir compte de plusieurs situations particulières qui ont un lien direct avec le meilleur intérêt de l'enfant :

- ◆ la capacité parentale comparable ;
- ◆ la communication fonctionnelle entre les parties ;
- ◆ la disponibilité comparable ;
- ◆ la distance entre les domiciles des parents<sup>131</sup> ;
- ◆ des valeurs éducatives, morales, spirituelles et des modes d'intervention comparables en matières éducatives ;
- ◆ la capacité de maintenir un environnement stable\* ;

<sup>129</sup> *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.) ou REJB 2002-34955. Commentée par Marie GAUDREAU, « La garde partagée : la Cour d'appel fait le point » dans *Collection du juriste*, Éd. C.C.H., janvier 2003, 14.; *A.M. c. L.L.*, C.S. Beauce, n° 350-04-000124-025, 20 décembre 2002, j. Pelletier; *M.M. c. S.H.*, C.S. Beauce, n° 350-12-005977-024, 22 octobre 2002, j. Hardy-Lemieux.

<sup>130</sup> *C.W. c. D.D.*, C.S. Saint-Maurice, n° 410-04-001988-032, 19 mars 2003, j. Pronovost.

<sup>131</sup> Le parent qui choisit de s'installer à une distance de près de 94 Km de l'autre parent ne peut plaider qu'il a choisi de privilégier la garde partagée, voir *N.D. c. No.A.*, C.S., Joliette, n° 705-04-007354-026, 15 octobre 2003, j. Laberge.

- ◆ la reconnaissance de l'importance des contacts de l'enfant avec chacun des parents et leur implication dans les décisions qui le concernent ;
- ◆ le désir de l'enfant\* ;
- ◆ l'âge de l'enfant ;
- ◆ son état de santé ;
- ◆ le désir des parents d'établir une garde conjointe avant la séparation ;
- ◆ la présence d'un syndrome d'aliénation parentale.

## **B. L'application de ces critères par la jurisprudence**

### **1. La figure parentale principale**

177 Nous avons déjà abondamment traité de la question ci-dessus.

<i>M.D. c. A.F.</i> , B.E. 2003BE-699 (C.S.)	Le Tribunal conclut qu'il ressort de l'expertise psychosociale et du témoignage de l'expert que c'est le père qui est la figure parentale la plus significative pour l'enfant.
---	--

### **2. La capacité parentale**

178 Nous vous renvoyons au tableau synthèse ci-dessus qui en définit les principales composantes.

<i>I.C. c. C.D.L.</i> , C.S. Beauharnois, n° 760-04-005921-037, 21 novembre 2003, j. Emery	En l'espèce, Monsieur demande d'avoir la garde partagée, en dépit du fait que dans les mois précédents il ait fait une tentative de suicide. Le Tribunal conclut qu'il faudra laisser le temps faire son œuvre avant d'établir une garde partagée.
<i>B.(M.) c. Br.(I.)</i> , REJB 2002-45921 (C.S.)	L'omission par le père de reconduire l'enfant à des rendez-vous médicaux et à des cours de natation, en plus d'oublier de payer la pension alimentaire et d'exercer ses droits d'accès font douter de sa capacité parentale.
<i>L.T. c. C.L.D.</i> , C.S. Québec, n°200-04- 011616-032, 5 septembre 2003, j. Moreau	« J'estime, compte tenu des témoignages neutres des policiers, que Monsieur a un réel problème de consommation de drogue. Il a lui-même admis fumer de la marijuana plusieurs fois par jour jusqu'aux événements du 10 juin 2003. Peut-être a-t-il compris que son comportement de ce fameux 10 juin 2003 est très inquiétant et qu'il a cessé toute consommation illicite, mais peut-être que non. La preuve et la faible crédibilité de Monsieur ne m'ont pas



	convaincue. Je suis persuadée qu'il est dans le meilleur intérêt de cet enfant mineur que l'on ne prenne aucun risque de mettre sa santé et sa sécurité en danger. Monsieur devra faire ses preuves de non-consommation et de responsabilité face à la décision qu'il devra prendre à ce sujet, puisqu'il devra réaliser que le meilleur intérêt de son fils y est intimement lié, tel que prouvé par les derniers événements.»
<i>M.DE. c. T.L.B., C.S.</i> Bonaventure, n° 105-04-000783-018, 20 novembre 2003, j. Taschereau	Le Tribunal citant un passage de l'expertise : « Elle aime beaucoup ses fillettes mais vit des difficultés importantes pour assumer les besoins de celles-ci dans le quotidien sur de longues périodes. L'absence de structure, d'encadrement ainsi que ses propres besoins affectifs non comblés ont une incidence importante sur ses capacités parentales. Madame D... est très isolée et sans réseau de support. Cette combinaison d'éléments rend très difficile la capacité de madame D... à assumer ses enfants et à répondre à leurs besoins de façon adéquate. Elle a clairement besoin d'un suivi psychologique à long terme afin de régler ses propres blessures narcissiques et être en mesure d'offrir à ses fillettes l'encadrement et la structure dont elles ont besoin.»
<i>A.M. c. M.S., C.S.</i> Trois-Rivières, n° 400-04-001734-973, 5 décembre 2003, j. Gosselin	«16. En septembre 2003, Madame a inscrit V... à l'École [...] et, comme on le sait, a modifié le mode de garde de manière à ce que V... demeure avec elle en permanence. 17. Il semble que cette initiative ait eu d'heureux résultats. Les notes académiques de l'enfant se sont améliorées et elle semble apprécier davantage son milieu scolaire. 18. Monsieur suggère que cette amélioration est attribuable au changement d'école et non pas au suivi exercé par Madame. Il est assez difficile de départager l'effet de l'un et l'autre de ces facteurs mais devant le résultat global, le Tribunal n'est pas disposé à prendre le risque de revenir à l'ancienne formule de garde. 19. Madame a fait la preuve d'un changement important dans la situation de l'enfant. Il s'agit des difficultés scolaires qu'elle éprouvait jusqu'à récemment. Le Tribunal estime que ces difficultés étaient causées, pour une part importante, <u>par les carences de Monsieur au niveau du suivi et de l'aide aux devoirs.</u> » (Nos soulignés)
<i>S.S. c. L.J., C.S.</i> Hull, n° 550-12-023032-021, 16 décembre 2003, j. Trudel	La verbalisation des émotions du père en présence de ses enfants lui fait perdre tous ses moyens et affecte sa capacité de s'en occuper.

### 3. La communication fonctionnelle, la violence et les indices

179 On peut résumer comme suit les critères énoncés par la  
jurisprudence en ce qui a trait à la communication fonction-  
nelle, à savoir qu'il doit y avoir un respect mutuel minimum des  
parties<sup>132</sup>, quant les parties ne se respectent pas, la discussion  
devient difficile<sup>133</sup> et la garde partagée ne serait pas une moda-  
lité de garde appropriée<sup>134</sup>. Nous vous renvoyons particulière-  
ment sur cet aspect à la décision *T.M. c. M.H.*<sup>135</sup>. Nous citons  
le passage suivant :

180 34. The parties have a major communication  
problem.

181 35. It is obvious that although the parties have been  
living apart since 2001, the Respondent has not yet  
come over the separation.

182 36. According to the Respondent, the Petitioner is  
solely responsible for the failure of their relation and  
for the lack of communication.

183 37. The Court believes the Petitioner when she refers  
to the attitude of the Respondent towards her.

184 38. There was, without a doubt, both verbal and  
physical abuse.

185 39. The Respondent, although he claims otherwise,  
still shows disrespect towards the Petitioner.

186 40. On such basis, communication will never  
improve.

187 41. It has been decided in several cases that joint  
custody was still possible in spite of communication  
problems.

---

<sup>132</sup> *M.H. c. G.B.*, C.S. Montréal, n° 500-12-258206-014, 27 janvier 2003, j. Zigman; *L.-A.C. c. P.B.*, [2002] R.L. 647 (C.S.); *L.(D.) c. D.(C.)*, REJB 2003-52020 (C.A.).

<sup>133</sup> *M.G. c. É.L.*, C.S. Abitibi, n° 615-04-001588-034, 26 janvier 2004, j. St-Julien.

<sup>134</sup> *R.G. c. M.J.R.*, C.S. Québec, n° 200-12-067322-025, 3 mai 2002, j. Pelletier;  
*A.P. c. N.L.* C.S. Québec, n° 200-12-063571-005, 3 juin 2002, j. Duchesne.

<sup>135</sup> C.S. Hull, n° 550-04-006739-011, 28 janvier 2004, j. Bédard.

188 42. The undersigned strongly believes that it is quite different when the lack of respect is more of an issue than the lack of communication.

189 Il doit exister une souplesse dans leur attitude, les parties ne doivent pas communiquer par l'intermédiaire d'un tiers ou par écrit mais bien directement, le fonctionnement du couple avant la rupture et les procédures constituent une preuve plus que pertinente<sup>136</sup> quant à la nécessité d'établir une garde partagée et en dernier lieu, ce que le Tribunal verra et entendra à l'audition sera un élément lui permettant d'en arriver à la conclusion qu'il y a ou non communication fonctionnelle entre les parties. Bref, l'absence d'une communication harmonieuse devrait faire obstacle à l'établissement d'une garde partagée<sup>137</sup>, il n'est pas nécessaire que la communication soit élaborée<sup>138</sup>. Force est d'admettre que plusieurs décisions placent la barre beaucoup plus basse quant à la qualité de la communication nécessaire à l'établissement d'une garde partagée au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>139</sup>, ce qui est paradoxal car la littérature scientifique et la Cour d'appel nous indiquent que cette condition doit être présente pour qu'une garde partagée soit établie dans l'intérêt de l'enfant.

#### 4. La violence

190 Tout élément de violence dans le couple, *même s'il n'a pas été posé directement à l'égard des enfants* doit être considéré. D'ailleurs, le projet C-22 en fait un élément spécifique dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant. Il est en effet trop fréquent de lire que la violence n'a pas été exercée à l'égard des enfants<sup>140</sup>. Avec déférence, c'est faire abstraction de toute la littérature scientifique et des nombreux jugements qui reconnaissent que la violence dans le milieu des enfants les affecte. Nous désirons porter à votre connaissance une étude du ministère de la Justice du Canada : Collectif, *Allégations de violence envers les enfants lorsque les parents*

<sup>136</sup> *P.(N.) c. A.(B.)*, REJB 2003-46469 (C.S.).

<sup>137</sup> *Droit famille-3519*, J.E. 2000-299 (C.A.) ou *O.(M.) c. G.(D.)*, REJB 2000-16184.

<sup>138</sup> *J.G. c. É.Gl.*, C.S. Frontenac, n° 235-04-000107-023, 26 février 2003, j. Allard.

<sup>139</sup> GOUBAU, Dominique, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde » dans *Mélanges*, Jean PINEAU, 2003, Thémis, 107.

<sup>140</sup> *L.C.G. c. M-C-M.*, C.S. Québec, n° 200-04-011835-038, 6 février 2004, j. Guertin.

sont séparés : document de travail<sup>141</sup>. Cette étude permet aussi de constater que même si la violence n'est pas dirigée contre l'enfant, ce dernier subit un traumatisme sérieux qui affecte sa perception de chacun de ses parents. On comprendra que nous nous surprendrons toujours des nuances voulant que la violence non dirigée vers l'enfant perde de sa pertinence dans l'évaluation de la capacité parentale du parent violent<sup>142</sup>. Certaines décisions procèdent à effectuer cette nuance dans le cas d'établissement d'une garde partagée. Quant à nous, nous citons le passage suivant tiré de la jurisprudence<sup>143</sup> :

- 191 Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'aucun enfant ne devrait être témoin de violence sous quelque forme que ce soit.
- 192 Lorsque K a été témoin de violence verbale ou physique, son état d'anxiété a, à chaque fois, refait surface. La violence à l'endroit de sa mère a peut-être été ressentie par K de façon aussi forte que si elle en avait été directement la victime. Elle a alors appris que l'amour et la peine se confondent et que l'on peut avoir recours à la force pour régler ses problèmes.
- 193 En présence de deux parents aptes à avoir la garde de K, le Tribunal préfère lui éviter à nouveau d'être témoin de violence sous quelque forme que ce soit.
- 194 Cet énoncé clair reflète exactement notre pensée sur le sujet. On s'étonnera que le Tribunal dans certaines décisions se surprenne que la victime de violence soit moins conciliante à l'égard des contacts et se serve de cet argument pour établir une garde partagée, dont les modalités d'échange sont les suivantes :
- 195 24. À compter du 2 juillet 2004, le demandeur se rend en face de la résidence de la défenderesse au début et à la fin de sa période et ne sort de son véhicule que pour permettre aux enfants de placer ou de prendre leurs effets personnels dans le coffre de l'automobile.

<sup>141</sup> 2001-FCY-4F, voir le site Internet du ministère de la Justice, Canada.

<sup>142</sup> Par exemple : *A.D. c. J.D.*, C.S. Alma, n° 160-04-000069-025, 28 octobre 2002, j. Babin.

<sup>143</sup> *J.T. c. D.B.*, C.S. Roberval, n° 155-04-000102-016, 1<sup>er</sup> février 2002, j. Duchesne.

- 196 25. la demanderesse, elle, doit demeurer à l'intérieur de son logement lorsque le demandeur vient chercher les enfants ou lorsqu'il ramène les enfants.<sup>144</sup>
- 197 Voilà qui saura instaurer un climat de sérénité et de calme dont bénéficieront les enfants...

### 5. Les indices

- 198 Une rupture récente des parties non « digérée » par ces dernières serait une contre-indication à la garde partagée<sup>145</sup>. Les parties ont-elles fait le deuil de leur relation<sup>146</sup> ? Une partie est-elle amère à l'égard de l'autre partie ? la communication ne s'est-elle détériorée que suite à l'envoi de procédures ?
- 199 Des chercheurs<sup>147</sup> ont identifié cinq catégories de relations existant entre ex-époux ou ex-conjoints qui peuvent permettre de prédire à quels types de relations on doit s'attendre suivant la rupture en matière de communication relatives à l'enfant :
- 200 1. *Les bons amis* : Nous sommes en présence de « bons amis » qui ont cohabité mais ont pris la décision mutuelle de continuer leur route chacun de leur côté. Ils sont capables de compromis et ont du respect pour l'autre conjoint, tant au niveau de sa capacité parentale qu'en tant que personnes. Dans leur cas, la coparentalité se continue post-rupture. Ils seront en mesure de disposer eux-mêmes des questions relatives à la rupture.
- 201 2. *Les collègues coopératifs* : On peut encore parler de coparentalité. Les collègues coopératifs connaissent des ruptures difficiles. Dans la majorité des cas, la décision de se séparer n'a pas été prise conjointement. Ils ne s'aiment

<sup>144</sup> L.C.G. c. M-C-M., C.S. Québec, n° 200-04-011835-038, 6 février 2004, j. Guertin.

<sup>145</sup> L.L. c. M.B., C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004499-020, 17 décembre 2002, j. Richard; L.V. c. J.F.M., [2002] R.D.F. 594 (C.S.); M.-J.G. c. N.S., C.S. Bedford, n° 455-04-000311-991, 19 septembre 2002, j. Isabelle ou J.E. 2002 -1685; T.M. c. M.H., C.S. Hull, n° 550-04-006739-011, 28 janvier 2004, j. Bédard.

<sup>146</sup> F.É. c. Magnan, C.S. Québec, n° 200-24-000017-034, 28 novembre 2003, j. Lesage.

<sup>147</sup> AHRONS, C. R., et R. H RODGERS, (1987). *Divorced Families*, NY: W.W. Norton; SCOTT, Michael, *Co-Parenting*, November 2002, site Internet: <http://mediate.com/articles/scottm.cfm>.

peut-être plus, mais se respectent comme parents. Ils sont en mesure de distinguer leurs intérêts et conflits personnels de l'intérêt de l'enfant. Ils comprennent l'importance de maintenir le contact avec l'autre parent et la famille élargie. Il peut survenir des mésententes de temps à autre mais ils sont en mesure d'en disposer entre eux. Ils sont en mesure de développer des techniques pour éviter les conflits. Ils demeurent courtois et leurs rapports ne sont pas empreints d'hostilité. Ils ont fait le deuil de leur relation.

202           3.     *Les associés en colère* : Nous avons affaire à une relation dysfonctionnelle. On peut les qualifier de combattants compatibles. Ils ne sont pas en mesure de se désengager émotionnellement de leur ancien partenaire, celui qui voulait sortir de la relation. Un des ex-conjoints est enfoncé émotionnellement par le processus de la rupture, ce qui l'empêche de poursuivre sa vie. Une lutte de pouvoir existe entre les parties, elle peut se perpétuer pendant des années, et elles doivent avoir fréquemment recours à des tiers (médiateurs, avocats et juges) pour régler leurs disputes. Ils ont peu de respect pour l'autre comme parent et l'enfant devient l'enjeu du conflit. Ils voient les choses en blanc ou en noir, je gagne ou je perds. L'enfant marche sur des œufs et étudie son environnement pour être certain de faire et de dire ce qu'il faut. Il vit en zone militarisée.

203           4.     *Les fiers ennemis* : Le caractère dysfonctionnel de la relation exacerbe l'intensité du conflit lié à la rupture. Les parties ont du mépris l'une pour l'autre et il est inconcevable que les deux parents puissent être présents simultanément à l'occasion d'une activité de l'enfant. On peut presque parler de la rage qui les anime et qu'ils transmettent à l'enfant plus particulièrement quant aux lacunes parentales de l'autre parent. À chaque changement de milieu, l'enfant retourne à la guerre. L'intervention du tribunal est non seulement nécessaire mais essentielle pour protéger l'enfant.

204           5.     *Les duos dissous* : La souffrance que vivent ces parents en lien avec la rupture est telle qu'elle peut amener l'un d'eux à disparaître de la vie de l'enfant. Ce parent préfère former une nouvelle famille et se déconnecter de la vie de son enfant. Pour ce parent, c'est la seule façon de mettre fin à la souffrance. Le prix à payer est lourd pour l'enfant : l'abandon.

- 205 Bien que sommairement décrits, ces « types » de relations devraient permettre de jauger ce qui attend l'enfant dans le cadre d'une garde partagée, particulièrement au niveau de la communication et du niveau de conflit. Une des causes de l'aggravation du conflit parental, avec les effets que l'on sait sur l'enfant, est la difficulté pour l'une ou les deux parties de faire le deuil de la relation et de passer à autre chose. On ne doit pas en conclure que la garde partagée ne sera pas une option possible, mais qu'elle n'est peut-être pas une mesure appropriée dans les mois qui suivent la rupture en fonction de la dynamique du couple post-rupture. Selon les mêmes études, le processus de deuil peut prendre deux ans<sup>148</sup>.
- 206 De même, la multiplication des procédures entre les parties ne devrait-elle pas constituer un indice du niveau de collaboration ou de mésentente existant entre les parents<sup>149</sup> ? Les allégations contenues dans les actes de procédures ? Lorsque de nombreux litiges surviennent entre les parties, résultat d'une lutte pour le « pouvoir », peut-on croire qu'une multiplication des contacts entre les parents va mettre fin à ces conflits ou les amplifier<sup>150</sup> au détriment de l'enfant<sup>151</sup> qui se trouvera encore une fois aux prises avec un conflit de loyauté, des perturbations ou une guerre de tranchée<sup>152</sup> ? Tel que l'indique la Cour d'appel<sup>153</sup> :

<sup>148</sup> AHRONS, C. R., et R. H. RODGERS, *Divorced Families*, (1987) NY: W.W. Norton; SCOTT, Michael, Co-Parenting, November 2002, site Internet: <http://mediate.com/articles/scottm.cfm>.

<sup>149</sup> *N.C. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel.

<sup>150</sup> *C.P. c. S.G.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-002769-994, 3 septembre 202, j. Taschereau.

<sup>151</sup> *S.S. c. L.J.*, C.S. Hull, n° 550-12-023032-021, 16 décembre 2003, j. Trudel; *J.S. c. P.P.*, C.S. Québec, n° 200-04-003550-975, 23 décembre 2003, j. Moulin; *G.F. c. M.C.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-005171-032, 17 décembre 2003, j. Legris.

<sup>152</sup> *C.P. c. A.D.*, C.S. Beauce, n° 350-12-005414-002, 28 janvier 2004, j. Bouchard. Dans cette dernière affaire, le Tribunal conclut qu'il existe une véritable guerre de tranchée impliquant l'enfant, mais sa croyance sincère qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant de développer une relation significative avec ses deux parents l'amène à ordonner l'établissement d'une garde partagée. Avec respect, nous réitérons que le vœu ou le souhait le plus sincère n'a pas nécessairement d'effets sur une relation déjà très conflictuelle. D'ailleurs, le Tribunal s'appuie sur le corpus jurisprudentiel qui permet l'établissement d'une garde partagée en l'absence de communication. Avec déférence, nous croyons que chaque cas en est un d'espèce et qu'il est

- 207 10. S'il est exact que plusieurs éléments favorisent l'octroi d'une garde partagée et que le conflit entre les parents ne constitue pas, en lui-même, une fin de non-recevoir, force est de constater que la présence d'un tel conflit constitue un facteur non négligeable qui doit être pris en compte dans le contexte de l'ensemble de la preuve. En l'espèce, la conclusion à laquelle la première juge est parvenue n'est pas compatible uniquement avec l'hypothèse de l'existence d'un préjugé favorable à la mère. Les retombées perverses sur les enfants de l'indéniable combat de tranchée que se livrent les parties trouvent appui dans la preuve et elles sont de nature à ne pas rendre manifestement inapproprié le dispositif retenu. [Nos soulignés]
- 208 Il ne suffit donc pas d'indiquer que des problèmes de communication existent, encore faut-il en faire la preuve selon la Cour. Nous nous permettons d'indiquer que dans notre introduction, il ressortait de la littérature scientifique que les conflits parentaux constituent un indicateur à privilégier dans l'évaluation de l'adaptation des enfants à la rupture, nous présumons qu'une partie du fardeau de preuve est déjà satisfaite.
- 209 Les parents auront à multiplier les décisions selon l'âge de l'enfant, il sera question notamment : de remboursements des frais médicaux, du choix de la gardienne, des frais de garde, de l'utilisation d'un carnet de communication aux fins auxquelles il est destiné, de l'échange des vêtements de l'enfant, des méthodes éducatives, etc. Il nous apparaît important de le réitérer : *les parents doivent minimalement pouvoir traiter des questions relatives aux besoins essentiels des enfants sans que cela ne dégénère en guerre de tranchée*<sup>154</sup> *et une preuve de cette capacité de communiquer doit exister*<sup>155</sup>. On ne saurait qualifier de communication fonctionnelle une situation où les parties sont en conflit ouvert

---

insuffisant de renvoyer à un ensemble de décisions pour pouvoir conclure au succès d'une garde partagée.

<sup>153</sup> *W.(D.) c. G.(A.)*, REJB 2003-42518 (C.A.) ou [2003] R.D.F. 547.

<sup>154</sup> *N.C. c. A.S.B.*, C.S. Labelle, n° 560-04-000741-996, 28 novembre 2003, j. Trudel.

<sup>155</sup> Pour un exemple voir *S.B. c. C.B.L.*, C.S. Québec, n° 200-04-009842-020, 9 décembre 2003, j. Blanchard.



et incapables de communiquer<sup>156</sup>. Le critère à retenir devrait faire en sorte que la Cour s'assure que la communication déficiente ne contrevient pas à l'épanouissement et au développement personnel des enfants. Les enfants doivent être tenus à l'écart de la prolifération des conflits entre les parents que peut entraîner la garde partagée<sup>157</sup>.

210 Pourtant, la jurisprudence est de moins en moins rigoureuse quant à ce critère<sup>158</sup>. Deux décisions sont fréquemment citées pour outrepasser l'absence de communication ou les difficultés de communication, soit la décision du juge Dalphond (alors à la Cour supérieure) dans *T.F. c. L.A.*<sup>159</sup> et la décision du juge Crête dans *Droit de la famille-3170*<sup>160</sup>. Dans cette dernière affaire, le passage le plus fréquemment utilisé est le suivant, nous citons :

211 Il faut cependant user de discernement et se garder de conclure trop rapidement à un conflit insoluble dès le moment où l'un des parents s'oppose à la garde conjointe. En effet, il est malheureusement trop simple pour l'ex-conjoint qui refuse la garde partagée de mettre en évidence, voire même de susciter, tous les différends qui peuvent l'opposer à l'autre parent et ainsi faire dérapier la garde partagée à laquelle il s'oppose. Il en va de cela comme d'une auberge espagnole, où on trouve ce qu'on y apporte. Il existe certes ici des différences entre le père et la mère. S'ils se sont séparés, on peut conclure qu'il n'y avait plus guère d'harmonie dans le couple et que les communications entre les deux en avaient grandement souffert.

212 Le Tribunal est cependant d'avis que ces différences ne sont pas telles dans le présent dossier qu'elles

<sup>156</sup> *P.P. c. P.I.(S.)*, REJB 2003-52017 (C.A.).

<sup>157</sup> *F.É. c. Magnan*, C.S. Québec, n° 200-24-000017-034, 28 novembre 2003, j. Lesage.

<sup>158</sup> *F.L. c. M.M.*, C.S. Alma, n° 160-12-003676-001, 1<sup>er</sup> octobre 2002, j. Duchesne. Dans l'affaire *C.G. c. L.G.A.*, C.A. Québec, n° 200-09-001937-968, 21 février 2003, j. Legris, où le Tribunal indique d'emblée qu'à moins que les parties ne s'entendent, il est préférable d'opter pour la garde exclusive, au même effet : *N.T. c. P.P.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-003127-002, 14 février 2003, j. Richard.

<sup>159</sup> REJB 1998-10915 (C.S.).

<sup>160</sup> [1998] R.D.F. 765 (C.S.), voir *J.D. c. V.P.*, J.E. 2004-16 (C.S.).

- rendent la garde conjointe impraticable et non souhaitable.<sup>161</sup>
- 213 Nous croyons que cet énoncé est tout à fait juste et doit être pris pour ce qu'il est : un parent ne devrait pas faire dérailler la modalité de garde la plus appropriée dans le meilleur intérêt de l'enfant du *simple fait de son refus* non corroboré d'éléments de preuve probants et qui ont pour effet de faire en sorte que les difficultés de communication affecteront le sort de l'enfant et rendront la garde impraticable. L'énoncé renvoie à cette situation.
- 214 Quant à la décision dans *T.F. c. L.A.*<sup>162</sup>, le passage le plus cité est le suivant :
- 215 25. En cette matière, le seul critère qui doit guider le tribunal est l'intérêt de l'enfant (art. 16(8) *Loi sur le divorce* et art. 33 C.c.Q.). Or, tel que l'indique l'art. 16(10) de la *Loi sur le divorce*, l'intérêt de l'enfant commande, généralement, qu'il ait le maximum de contact avec chacun de ses parents compatible avec sa situation, notamment son âge et son stade de développement.
- 216 *16(10) (Maximum de communication) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.*
- 217 De l'avis du Tribunal, cela signifie que lorsque la capacité parentale de chacun des parents est bien établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et les ressources requis pour le mieux-être de leurs enfants et qu'il n'y a pas de contre-indications, tels des motifs psychologiques (développement de l'enfant non encore adéquat), géographiques (nécessité de déplacements prolongés), éducatifs (incompatibilité des projets de développement proposés par chacun des parents), de santé (nécessité de continuité de certains soins spécialisés), la garde conjointe doit être envisagée très sérieusement. Le

---

<sup>161</sup> [1998] R.D.F. 765 (C.S.).769.

<sup>162</sup> REJB 1998-10915 (C.S.).

- fait que l'un des parents n'y consente pas ou qu'il existe certaines difficultés de communications entre les parents, ne fait pas alors obstacle à ce type de garde, comme le rappelle régulièrement cette Cour (*Droit de la famille—2419* [1996] R.D.F. 355 (j. Rochon); *Droit de la famille—2199* [1995] R.D.F. 415 (j. Philippon); *Droit de la famille—3003*, J.E. 98-1295 (j. Cohen); *Droit de la famille—3019*, 98 B.E.-658; *L.W.c. M.E.*, C.S. Longueuil n° 505-12-014577-954, jugement du 17 mars 1998, (j. Durocher); *F.B. c. M.M.*, C.S. Montréal n° 500-12-228290-965, jugement du 22 juillet 1998, (j. Dalphond); *L.B. c. D.L.*, REJB-98-9106 (j. Crête)).
- 218 Avec déférence, le lien auquel le Tribunal procède entre le principe de la maximisation des contacts (art.16(10) L.D.) et la garde partagée a été rejeté par la Cour d'appel dans l'arrêt *P. (V.) c. S. (G.)*<sup>163</sup> où elle indique clairement qu'il n'existe pas *a priori* de présomption de garde partagée et de façon plus précise dans l'arrêt *W. (D.) c. G. (A.)*<sup>164</sup> quant à l'effet réel de l'article 16(10) :
- 219 12. En ne préconisant pas une garde partagée indépendamment des graves difficultés de communication des parties, la première juge n'a pas commis une erreur de droit, car l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne donne priorité à aucun modèle de répartition des responsabilités parentales comme la Cour l'a précisé dans *T.L. c. C.L.A.P.* [2002] R.J.Q. 2627 C.A. [Nous avons omis les renvois]
- 220 Dans la décision *T.L. c. C.L.A.P.*, le juge Dalphond s'exprime ainsi sur cette question :
- 221 40. Certes l'octroi d'une garde partagée signifie que l'enfant passe un maximum de temps avec chaque parent, mais tel n'est pas le sens de l'art. 16(10) de la Loi qui énonce plutôt une obligation pour le juge, faute d'entente entre les parents, de mettre en place un arrangement favorisant le plus de contact entre l'enfant et chacun d'eux *qui soit compatible avec son propre intérêt*. Elle invite ainsi le juge à retenir un arrangement qui compte tenu d'abord et avant tout des besoins de l'enfant y répond tout en lui donnant

<sup>163</sup> REJB 2000-21256 (C.A.); *W.(D.) c. G.(A.)*, REJB 2003-42518 (C.A.); *C.L. c. M.R.*, J.E. 2003-10 (C.S.).

<sup>164</sup> REJB 2003-42518 (C.A.).

- l'opportunité d'être avec chacun de ses parents aussi souvent que possible et approprié audits besoins .
- 222 41. Toute décision en matière du partage du temps de vie de l'enfant demeure donc un cas d'espèce et aucune forme d'arrangement n'est privilégiée *a priori*. Saisi d'une telle demande, le juge doit rechercher en fonction de l'ensemble des faits mis en preuve le meilleur arrangement pour l'enfant, alors que ses parents sont incapables de le concevoir malgré l'amour qu'ils lui portent.
- 223 42. Il n'en va d'ailleurs pas autrement en vertu du *Code civil*.<sup>165</sup> [Nous avons omis les renvois]
- 224 Chaque cas en est un d'espèce<sup>166</sup> et il est difficile, sauf pour les situations extrêmes, d'en tirer un énoncé de principe; mais on constate que la jurisprudence a permis qu'en présence de difficultés de communication une garde partagée soit établie<sup>167</sup>. Quand l'enfant est en bas âge, un *minimum* de dialogue devrait être requis<sup>168</sup>, ce dernier ne pouvant exprimer ce qui ne fonctionne pas. Lorsque l'enfant vieillit (cinq à sept ans) beaucoup de décisions doivent être prises, décisions qui auront une influence à long terme sur le développement de l'enfant. Une chose est certaine, le droit de l'enfant prime celui des parents et il leur appartient de prendre les mesures qui s'imposent pour régler le problème de communication. Certaines décisions qui outrepassent le manque de communication entre les parties ne mentionnent que rarement ce qu'était la communication avant la rupture pour établir s'il est possible de rétablir une communication fonctionnelle<sup>169</sup>;

<sup>165</sup> REJB 2002-34955. Au même effet : *N.B. c. A.V.*, C.S.Hull, n° 550-12-021085-005, 13 février 2004, j. Fournier.

<sup>166</sup> *C.F. c. F.B.*, C.S. Joliette, n° 705-04-008142-024, 12 février 2004, j. Verrier.

<sup>167</sup> *Droit de la famille-2419*, [1996] R.D.F. 355 (C.S.) 357-358; *Droit de la famille-2493*, [1996] R.D.F. 665 (C.S.); *Droit de la famille - 3170*, [1998] R.D.F. 765 (C.S.); *Droit de la famille-3249*, C.S. Montréal 500-09-233583-966, le 23 novembre 1998 (B.E. 99BE-270) et R.E.J.B. 1998-09641; *L.B. c. D.C.*, R.E.J.B. 2000-20048 (C.S.); *Droit de la famille-3128*, [2000] R.D.F. 556 (rés.) (J.E. 2000-1372) et R.E.J.B. 2000-19134 (C.S.); *J.U. c. T.H.*, C.A. Montréal, n° 500-12-237667-971, 28 septembre 2000; *L. (T.) c. P. (L.A.)*, REJB 2002-34955 ou [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.).

<sup>168</sup> *M.-C.D., c. S.Du*, REJB 2001-30135 (C.S.) ou [2001] R.D.F. 617 (C.S.); *C.S. c. C.O.*, C.S. Abitibi, n° 170-04-000012-12-024, 29 mai 2002, j. St-Julien.

<sup>169</sup> Pour des exemples, où ont été étudiées les relations passées, voir *M.V. c. É.V.*, C.S., Beauce, n° 350-04-000111-014, 19 décembre 2002, j. Godbout;

souvent les parties sont laissées à elles-mêmes et ne peuvent bénéficier d'une intervention qui permette de la rétablir. Avec déférence pour l'opinion contraire, cette façon de voir tient presque de la pensée magique et considère que nous vivons dans un monde idéal où les parents n'attendent qu'un signal pour collaborer dans le cadre de leur rupture<sup>170</sup>, alors qu'ils n'ont peut-être pas été en mesure de le faire pendant la cohabitation<sup>171</sup>, s'il y a eu cohabitation, ce qui peut amener une autre difficulté. Un exemple récent de cette propension à un optimisme débridé : l'affaire *C.P. c. A.D.*<sup>172</sup>. Dans ce dossier, le Tribunal conclut qu'il existe une véritable guerre de tranchée impliquant l'enfant, mais sa croyance sincère qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant de développer une relation significative avec ses deux parents l'amène à ordonner l'établissement d'une garde partagée. Avec respect, nous réitérons que le vœux ou le souhait le plus sincère n'a pas nécessairement d'effets sur une relation déjà très conflictuelle. D'ailleurs le Tribunal s'appuie sur le corpus jurisprudentiel qui permet l'établissement d'une garde partagée en l'absence de communication. Avec déférence, nous croyons que chaque cas est un cas d'espèce et qu'il est insuffisant de s'en remettre à un groupe de décisions rendues en fonction de faits particuliers

---

*C.C. c. A.L.*, C.S. Québec, n° 200-12-0622281-994, 9 octobre 2002, j. Caron; *M.D. c. R.DÉ.*, C.S. Montréal, n° 500-04-028535-020, 4 février 2003, j. Zigman.

170 En dépit de la consommation d'alcool de monsieur, la Cour indique que les parties et nous soulignons les parties : «devront s'efforcer de collaborer» : *C.L. c. M.L.*, B.E. 2002-BE-757 (C.S.). Dans une autre affaire, la Cour indique qu'en dépit de la volonté sincère du parent d'amender sa conduite irrespectueuse à l'égard de l'autre parent, elle ne peut se limiter à cette déclaration. Nous citons : « Cependant, entre la volonté, la capacité et la réalité, il y a une grande différence » : *D.D. c.P.L.*, C.S. Québec, n° 200-04-010378-022, 7 octobre 2002, j. Lacroix; RHOADES, Helen, « The Rise and of Shared Parenting Laws: A Critical Reflection », (2002) 19 *Rev Can. D. Fam.* 75. Cet article soumet un argument intéressant, à savoir que le législateur lorsqu'il adopte des mesures qui amènent les parties à devoir discuter (médiation, garde partagée) prend pour hypothèse que les parties peuvent communiquer de façon fonctionnelle, malheureusement les parties qui peuvent le faire ne vont pas en débattre à la Cour... par manque d'énergie ou d'argent; HUGHES, Elizabeth, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003) 21 *C.F.L.Q.*1, 47.

171 AHRONS, C. R., et R. H RODGERS, (1987). *Divorced Families*, NY: W.W. Norton; SCOTT, Michael, *Co-Parenting*, November 2002, site Internet: <http://mediate.com/articles/scottm.cfm>.

172 C.S. Beauce, n° 350-12-005414-002, 28 janvier 2004, j. Bouchard.

pour pouvoir conclure au succès d'une garde partagée. La conclusion doit s'appuyer sur la réalité mise en preuve lors de l'audition.

225 Cette collaboration est pourtant la clé de voûte d'une garde partagée<sup>173</sup>. Citons l'exemple suivant tiré de l'affaire *A.D. c. C.C.*<sup>174</sup>. Le Tribunal refuse d'envisager la garde partagée comme modalité de garde, étant donné la rage de Monsieur envers Madame et l'absence de communication fonctionnelle qui en résulte. De plus, Monsieur implique l'enfant dans le litige. Nous citons le passage d'une lettre de Monsieur à l'enfant :

226 [...] Tu comprendras un jour que la manière de maman de te protéger est étouffante et mortelle comme le cobra qui hypnotise, enveloppe et serre longuement sa victime pour en faire ce qu'il veut par la suite [...].

227 Rappelons que l'enfant a sept ans. Du même acabit, citons le passage suivant tiré de l'affaire *S.S. c. J.L.*<sup>175</sup> :

228 21. Un exemple éloquent consiste en deux messages Internet qu'il envoie à son fils P quelques jours avant l'audition. On lit:

229 "December 4, 2003

230 P, just received and order from your mom's lawyer to appear in court Dec-11 to hear your mom's request I will be allowed to see you under supervision from a social worker only.

231 Now or never, you need to come over here and tell her that you are not going back to her place or speaking to her until she agrees to joint custody with support.

232 It is up to you, but can not(sic) wait another 2 or days, now or never.

233 Love you"

---

<sup>173</sup> *M.L. c. P.A.L.*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004646-026, 18 février 2003, j. Richard; *O.M. c. H.P.*, C.S. Québec, n° 200-04-009963-024, 18 novembre 2002, j. Viens.

<sup>174</sup> C.S. Québec, n° 200-12-064723-001, 19 juillet 2002, j. Bédard. Au même effet voir *L.V. c. J.-F.M.*, J.E. 2002-1163 (C.S.) ou REJB 2002-32476.

<sup>175</sup> *S.S. c. L.J.*, C.S. Hull, n° 550-12-023032-021, 16 décembre 2003, j. Trudel.

- 234 "December 5, 2003
- 235 P, will you ever answer me or communicate with me. It seems that no matter what I say, you ignore me and I am beginning to believe your mom when she said that you are very happy with the way things are and you don't really give a dam about your father since I don't have the money to get you things the way she can.
- 236 Please be honest with me. If you don't gave (sic) a dam about me, let me know, and I will leave you alone for ever and not make any attempts to contact you or see you anymore."
- 237 Ces propos que certains qualifiaient d'extrêmes rendent peut-être la tâche plus facile au Tribunal, mais certaines situations intermédiaires ne peuvent mener qu'à exacerber les difficultés pour l'enfant qui tente de s'adapter à la rupture. De plus, qu'en est-il des conflits fréquents qui dégènèrent en disputes en présence de l'enfant<sup>176</sup> ? Nous croyons que le parent qui exprime objectivement une opinion sur le sujet, et peut l'étayer d'une preuve sur les relations antérieures des parties ne devrait pas se voir reprocher de tenter d'exercer un « droit de veto »<sup>177</sup>.

<i>I.C. c. CD.L., C.S. Beauharnois, n° 760-04-005921-037, 21 novembre 2003, j. Emery; D.(J.) c. H.(D.), REJB 2003-43761 (C.S.)</i>	En l'espèce, le père réclame la garde partagée des enfants en dépit de prises de bec fréquentes et de harcèlement à l'égard de Madame. Le Tribunal conclut qu'il faudra laisser le temps faire son œuvre avant d'établir une garde partagée.
<i>L.B. c. S.C., J.E. 2003-1602 (C.S.)</i>	Le Tribunal retient comme un des éléments du changement de garde la violence du père à l'égard de la mère.
<i>P.M. c. P.-F.V.D., C.S. Montréal, n° 500-12-252474-006, 23 octobre 2003, j. Fournier</i>	La preuve démontre que Monsieur cherche à tout contrôler et qu'il utilise l'autorité d'une façon excessive surtout sur la personne de son épouse. Les échanges entre les parties se font à coup de lettres d'avocats, d'appels aux policiers et d'accusations criminelles. En l'espèce, il y a absence totale de communication.

<sup>176</sup> *J.S. c. P.P., C.S. Québec, n° 200-04-003550-975, 23 décembre 2003, j. Moulin.*

<sup>177</sup> *J.D. c. V.P., J.E. 2004-16 (C.S.).*

<p><i>S.(J.) c. C.(D.)</i>, REJB 2003-44103 (C.S.).</p>	<p>Dans le présent cas, l'absence de communication n'apparaît absolument pas comme un empêchement à l'exercice de la garde partagée. D'autant que, quoi que Monsieur en dise, la communication entre les parties est possible, au moins minimalement, et n'empêche pas, comme on l'a bien vu au cours des sept derniers mois, de fonctionner.</p>
<p><i>A.B. c F.M.</i>, C.S. Montréal, n° 500-12-247798-998, 16 septembre 2003, j. Mayrand</p>	<p>À maintes reprises, les tribunaux ont reconnu que les difficultés de communication ne font pas obstacle à une garde partagée. De toute façon, les enfants vont déjà chez leur père à toutes les semaines sans que les parties ne communiquent autrement que par <i>courriel</i>. Une alternance d'une garde aux sept jours / sept jours sera de nature à créer des relations plus pacifiques d'autant plus que l'échange des enfants ne se fera qu'à l'école.</p>
<p><i>N.C. c. M.F.</i>, C.S. Québec, n° 200-12-069133-032, 5 août 2003, j. Walters</p>	<p>Le seul fait qu'une partie ait cessé de parler à l'autre peu de temps avant la réception des procédures ne constitue pas un motif de refuser la garde partagée.</p>
<p><i>C.G.D. c. R.M.J.</i>, C.S. Montréal, n° 500-12-248033, 30 septembre 2003, j. Crête</p>	<p>« La proposition de garde partagée n'apparaît pas souhaitable dans les circonstances de la présente affaire. Les deux parents ont visiblement d'importants problèmes de communication, ils ne vivent pas dans le même quartier et P devrait assumer, s'il y avait une garde partagée, de longs voyages en autobus pour se rendre à l'école dans un contexte où il devrait maintenant passer une semaine sur deux chez sa mère, tout en continuant de fréquenter la même école qu'auparavant. À ce stade, rien de positif ne semble militer en faveur d'une garde partagée, d'autant plus que P est par ailleurs bien disposé à aller voir sa mère pendant ses jours de congé, ses jours de relâche scolaire, ses vacances, etc. »</p>
<p><i>V.N. c. L.J.S.</i>, C.S. Québec, n° 200-04-011821-038, 21 novembre 2003, j. Moreau</p>	<p>Même s'il est vrai que les parties ne communiquent pas, aucune preuve n'ayant été apportée que la garde partagée établie a été nuisible à l'enfant (dix-sept mois), la Cour est convaincue qu'à court terme, elles feront passer le meilleur intérêt de l'enfant avant le leur. La Cour instaure un carnet de bord qui relatera tous les faits importants de la vie de l'enfant à l'occasion de la garde partagée répartie deux semaines/deux semaines.</p> <p>Nous ne pouvons que nous interroger sur un tel résultat à la lumière de nos commentaires jusqu'ici, étant donné l'âge de l'enfant et l'absence totale de communication entre les parties. Le seul motif qui puisse expliquer le</p>



	maintien de la garde partagée est le risque que Madame retourne en Australie et que l'enfant soit privé de son père.
<i>D.C. c. C.T., C.S.</i> Québec, n° 200-04-007773-003, 17 décembre 2003, j. Bouchard	Le Tribunal conclut que les relations difficiles de l'enfant avec sa demi-sœur et la nouvelle conjointe du père créent des tensions et de l'agressivité qui perturbent l'enfant.
<i>D.B. c. H.H., C.S.</i> Iberville, n° 755-04-003503-035, 18 décembre 2003, j. Tremblay	Malgré l'absence de communication, le Tribunal maintient la garde partagée, en s'appuyant sur le fait que les parents qui sont deux personnes intelligentes et raisonnables... sauf dans leur interrelation et qui n'ont pas été en mesure de régler leurs difficultés par le biais de la médiation, aiment bien leurs enfants.  Quant à nous, l'explication se trouve plutôt dans le fait que Monsieur a déjà l'enfant avec lui près de quatorze jours par mois.
<i>W.(D.) c. G.(A.),</i> REJB 2003-42518 (C.A.).	En première instance, la Cour s'exprimait comme suit :  [124] L'étendue du conflit entre les parents, amplement détaillé dans plus de 200 pages d'expertises et plusieurs centaines de pages de correspondance électronique rend inapplicable la garde partagée. Rarement, démonstration aussi claire n'a-t-elle été faite du nombre, de l'importance, de la durée, du ton des communications entre les parents et de l'absence de tout résultat. Les preuves sont convaincantes de l'absence de toute possibilité de compromis. Chacun est prêt à tout et chacun le fait au nom de l'intérêt des enfants. Chaque élément des activités des enfants provoque un conflit entre les parents et tous ces conflits ne portent que sur les enfants, qu'il s'agisse d'un changement d'horaire, de reconduire les enfants à leurs activités ou d'accepter une invitation qui leur est faite.
<i>W.(D.) c. G.(A.),</i> REJB 2003-42518 (C.A.) ou [2003] R.D.F. 547	« Les retombées perverses sur les enfants de l'indéniable combat de tranchée que se livrent les parties trouvent appui dans la preuve et elles sont de nature à ne pas rendre manifestement inapproprié le dispositif retenu. »

## 6. La disponibilité comparable

<p><i>V.N. c. L.J.S., C.S.</i>          Québec, n° 200-04-011821-038, 21 novembre 2003,          j. Moreau</p>	<p>La Cour reconnaît la capacité parentale des parents, ordonne une garde partagée de l'enfant de dix-sept mois à la fréquence de deux semaines/ deux semaines. Monsieur est aux études le jour, Madame ne travaille pas au moment du procès, le Tribunal indique que c'est la grand-mère paternelle de l'enfant qui en aura charge pendant le jour.</p> <p>Nous ne pouvons, avec déférence, que nous interroger encore une fois sur le dispositif de cette décision. Où est passé le principe de la maximisation des contacts avec chaque parent ? Traite-t-on de la garde entre la famille élargie et un parent, voir l'arrêt <i>Van de Perre</i> de la Cour suprême.</p>
<p><i>E.G. c. G.R., C.S.</i>          Québec, n° 200-04-010559-027, 12 janvier 2004,          j. Goodwin</p>	<p>En l'espèce, le père est détenu et ne sait pas quand il sera relâché. La Cour, courtoisement, indique que la requête est manifestement mal fondée.</p> <p>Malheureusement, un bel exemple de galvaudage de l'intérêt des enfants de la part de Monsieur.</p>
<p><i>J.D. c. L.B., C.S.</i>          Roberval, n° 155-04-000168-033, 13 janvier 2004, j. Babin</p>	<p>Le Tribunal refuse d'ordonner la garde partagée, parce que l'enfant serait gardé par sa tante maternelle la moitié du temps de garde du père.</p> <p>Nous sommes totalement en accord avec cette façon de voir qui est conforme aux enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt <i>Van de Perre</i> [2001] 2 R.C.S. 1014 où le juge Bastarache a clairement indiqué que dans le cadre d'un litige de garde, ce qui importait c'était la capacité (à tous les niveaux) d'un parent de prendre en charge et non pas la capacité de la famille élargie de l'aider dans son rôle de parent.</p>
<p><i>C.T. c. B.B., C.S.</i>          Québec, n° 200-12-069982-032, 18 décembre 2003,          j. Gosselin. Au même effet quant à la disponibilité, voir :  <i>C.M. c. D.O., C.S.</i>          Baie-Comeau, n° 655-04-001549-032,          29 janvier 2004,          j. Gosselin</p>	<p>Le Tribunal refuse d'ordonner la garde partagée parce qu'à cause de l'horaire de travail du père l'enfant serait gardé dans trois milieux distincts.</p>

<p><i>N.G. c. C.B., C.S.</i>          Québec, n° 200-04-012008-031, 6 février 2004, j. Guertin :          l'effet de la fréquentation scolaire sur l'argument de la disponibilité.</p>	<p>Nous citons :</p> <p>15. La demanderesse insiste beaucoup sur sa plus grande disponibilité. Il faut cependant considérer que les deux enfants fréquentent l'école et qu'elles quittent leur résidence peu avant huit heures. S'il y avait une garde partagée, le défendeur serait présent jusqu'au départ des enfants le matin. Le soir les enfants seraient confiées à la garderie pour quelques heures cinq jours par semaine. Si la garde devait être confiée à la demanderesse, les enfants seraient confiées à une gardienne deux journées par semaine. On est donc à même de constater que la question de la disponibilité est beaucoup moins importante que le prétend la demanderesse.</p>
--	---

## 7. Les valeurs éducatives et le mode de vie

238 Un autre élément à considérer est le phénomène de multiplication des croyances religieuses et modes alternatifs de vie. Ce critère a toute son importance. En effet, il est essentiel que les enfants ne soient pas soumis à des changements majeurs lorsqu'ils passent du milieu maternel au milieu paternel, ce qui aurait pour effet de rendre encore plus difficile leur adaptation. Le Tribunal doit s'assurer que l'enfant ne passe pas d'un extrême à l'autre. À défaut de retrouver une similarité de vision, il devrait y avoir complémentarité dans le rôle des parents<sup>178</sup>.

239 Il est donc important de savoir s'il s'agit d'un parent qu'on pourrait qualifier de « désengagé », c'est-à-dire le parent qui exerce un faible contrôle sur l'enfant et dont les principales préoccupations sont surtout axées sur ses propres besoins. S'agit-il du parent « autocratique » qu'on reconnaît par le contrôle qu'il exerce sur l'enfant sans respecter l'individualité de ce dernier ? Ou encore, sommes-nous en présence d'un parent permissif qui est sensible à son enfant mais exerce peu de contrôle et fait preuve d'une grande tolérance, bref qui a de la difficulté à dire non. Le mode d'intervention auprès de

<sup>178</sup> *J.V. c. J.M.V., J.E. 1115 (C.S.)*. Voir pour une étude approfondie: TÉTRAULT, Michel, *La garde partagée*, 2000, Carswell, p.94 et suiv.

l'enfant est important. Ainsi un parent pourra avoir des lacunes au niveau de la capacité parentale et les combler par un mode d'intervention approprié auprès de l'enfant. Il est important de noter aussi qu'au niveau de certains parents, on ne retrouvera pas de style pur mais un mélange des différentes catégories que nous avons énumérées.

- 240 À cet effet, on retrouvera plus loin, dans la présente section, des exemples tirés de la jurisprudence. Si la liberté religieuse fait l'objet d'une protection constitutionnelle, il est clair qu'un Tribunal n'hésitera pas à intervenir si elle entraîne des préjudices pour l'enfant. On peut donc en restreindre l'exercice dans le meilleur intérêt de l'enfant<sup>179</sup>. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Young c. Young*<sup>180</sup>, a clairement établi que les pratiques religieuses qui vont à l'encontre du meilleur intérêt de l'enfant ne peuvent bénéficier des dispositions des *Chartes*, l'intérêt de l'enfant devant primer.
- 241 Quelles limites peuvent être imposées dans de telles situations ? Dans l'arrêt *Young*, la Cour suprême indique qu'il faut d'abord « démontrer l'existence du risque de préjudice grave »<sup>181</sup>. Ce préjudice peut être d'ordre affectif, psychologique et même physique. On peut citer en exemple l'arrêt *Droit de la famille-2505*<sup>182</sup>, où la Cour conclut que de permettre au père d'éduquer l'enfant selon les préceptes de sa religion aurait pour effet de l'isoler, les problèmes d'adaptation étant fréquemment rencontrés lorsque les membres quittent ou cessent de pratiquer cette religion ou ce mode de vie particulier, sans compter les perturbations résultant des conflits entre les parents.
- 242 La jurisprudence doit adopter une attitude de neutralité dans ce type de conflits où s'opposent l'autorité parentale et la liberté religieuse. Le Tribunal doit se limiter à déterminer le meilleur intérêt de l'enfant. À la lumière de l'arrêt *Young*, le Tribunal doit considérer les effets de la pratique religieuse sur l'enfant et s'il peut en résulter un préjudice grave pour lui. Le développement de l'enfant suppose qu'il puisse connaître ses deux parents. D'ailleurs la *Loi sur le divorce* reconnaît ce

<sup>179</sup> *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 17.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>182</sup> [1996] R.D.F. 785 (C.S.).

principe<sup>183</sup>. La Cour doit aussi tenir compte de la pratique religieuse pendant la cohabitation des parties et des effets de ces pratiques ou de leur abandon sur l'enfant<sup>184</sup>.

243 Dans l'affaire *B.(S.) c. C. (L.)*.<sup>185</sup>, Monsieur demande au Tribunal de modifier un jugement antérieur lui ordonnant de ne pas imposer à ses enfants, respectivement âgés de 14 et 11 ans, ses croyances religieuses, ni de les amener aux offices religieux de l'Église Évangéliste Baptiste. Quant à l'enfant de 14 ans, le Tribunal respecte le choix de ce dernier d'aller vivre avec son père et quant à l'autre enfant, il conclut :

244 Il n'est pas certain qu'une enfant de onze ans pourrait ne pas être confondue par les enseignements simultanés de ces deux doctrines religieuses.[...].

245 Plus tard, bien évidemment, elle pourra décider par elle-même. Pour l'instant, il en va de son intérêt de continuer à cheminer à l'intérieur de la religion catholique, la religion de sa mère et celle qui lui est professée à l'école.

246 Le Tribunal maintient les restrictions imposées à Monsieur quant à l'enfant de 11 ans.

<i>D.T. c. M.V., C.S.</i> Chicoutimi, n° 150-04-002665-029, 28 mars 2002, j. Lacroix	Même si les modes d'éducation diffèrent, l'important est de ne pas constater d'extrêmes dans le comportement des parents.
<i>C.B. c. M.M., C.S.</i> Frontenac, n° 235-12-003088-025, 23 décembre 2003, j. Allard	Le tabagisme de l'une des parties est un élément qu'il est pertinent de considérer dans l'attribution de la garde partagée.
<i>E.B. c. A.C., C.S.</i> Saint-François, n° 450-12-0202879-013, 14 janvier 2004, j. Tardif	On ne peut demander aux parents d'être une copie conforme l'une de l'autre au plan de l'éducation. Notons que les parties ne voient pas nécessairement la chose du même œil même lorsqu'elles cohabitent.
<i>D.L. c. F.Le, B.E.</i>	Nous citons:

<sup>183</sup> L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 16 (10), 17(9).

<sup>184</sup> VAN PRAAGH, Susan, « Religion, Custody and a Child's Identity », (1997) 35 *Osgoode La Journal*, 313, 365.

<sup>185</sup> REJB 2000-20946 (C. S.) ou *Droit de la famille-3731*, J.E. 2000-1973 (C. S.).

2004BE-75 (C.S.).	<p>10. La seule et unique raison qui motive la défenderesse à ne pas accepter la garde partagée est la pratique religieuse du demandeur. Elle demande même, subsidiairement, si la garde partagée est accordée, qu'il soit interdit au demandeur d'amener l'enfant aux offices religieux de son église.</p> <p>11. Il est vrai que le demandeur est un peu extrémiste dans ses positions sur certains points qui se rapportent à la religion. Entre autres, pour lui, l'Halloween c'est la fête du diable et on ne doit pas l'encourager, de même que le film Harry Potter est la louange à la sorcellerie, ce qui est contraire à ses principes religieux.</p> <p>12. La défenderesse reproche au demandeur son comportement excessif. Par contre, c'est le même comportement que le demandeur avait lorsqu'ils faisaient vie commune. Elle a même accepté d'avoir un deuxième enfant, connaissant très bien le comportement du demandeur, celui-ci n'a pas changé depuis leur séparation. Bien que dans son témoignage elle ait discrédité le demandeur sur à peu près tous les points, rien de nouveau n'a vraiment été apporté.</p> <p>13. Le demandeur a la garde 143 jours par année depuis près d'un an, et il n'y a pas de conséquences néfastes sur les enfants. La défenderesse a bien essayé de prouver que l'enfant S... se réveillait la nuit, mais elle ne peut confirmer qu'auparavant, lorsqu'ils faisaient vie commune, elle n'avait pas le même comportement.</p> <p>14. Le Tribunal ne voit pas en quoi aujourd'hui il est plus néfaste pour K... d'aller aux offices, alors que pendant six ans, alors qu'ils faisaient vie commune, elle y assistait et la défenderesse ne s'y est pas objectée. Bien que la défenderesse laisse sous-entendre que le demandeur prenait toutes les décisions, elle a mentionné plusieurs points où c'est elle qui a pris la décision. Entre autres, la participation de K... à des discothèques, et la participation à d'autres activités. Si elle pouvait décider ces choses, elle pouvait également décider que K... n'irait pas à l'office avec son père le dimanche, ce qu'elle n'a</p>
-------------------	--

	<p>pas fait. Ce n'est que depuis la séparation qu'elle établit cette exigence.</p> <p>15. Le Tribunal ne trouve aucun motif valable pour empêcher la garde partagée dans le présent dossier. C'eût été différent s'il s'agissait d'une nouvelle manière d'élever K.... En effet, si elle n'avait jamais participé à ces offices religieux et si aujourd'hui du jour au lendemain elle y était obligée. Au contraire, le tout a fait partie de la vie de couple pendant des années, ce n'est pas leur séparation qui rend tout d'un coup cette participation aux offices d'une autre religion dangereuse pour l'enfant.</p> <p>16. Si c'est dangereux pour l'enfant, ce l'était également antérieurement et la défenderesse n'a rien fait pour l'empêcher. Et ce n'est pas parce qu'elle n'était pas autoritaire, elle a fait la preuve, comme mentionné précédemment, qu'en certaines circonstances elle prenait la décision, sans consulter. C'était son droit. Mais aujourd'hui, elle ne peut faire un reproche de la manière de vivre du demandeur, parce que ce sont les mêmes habitudes de vie que durant la vie commune.</p> <p>17. À l'exception de cette pratique religieuse, la défenderesse n'a pas d'autres reproches à faire au demandeur. Et comme cette pratique religieuse existait durant la vie commune, la garde partagée est accordée.</p>
--	---

### **8. L'aliénation parentale, le parent contrôlant, le conflit d'allégeance grave**

247

Il n'y a pas d'unanimité sur une définition du syndrome d'aliénation parentale [ci-après : le S.A.P.]. La définition la plus utilisée est celle du Dr Gardner et elle renvoie à une campagne de dénigrement de la part d'un enfant contre un parent, sans motif valable. Cette campagne résulte d'une combinaison d'une forme de lavage de cerveau plus ou moins subtil orchestré par un parent et d'autre part, de la contribution de l'enfant à la campagne<sup>186</sup>. D'autres auteurs recentrent le désordre sur

186

VAN GIJSEGHM, Hubert, « Le syndrome d'aliénation parentale » dans *Revue d'action juridique et sociale*, n° 218, octobre 2002, 38.

l'enfant et écartent tout lien causal entre la position de l'enfant et une attitude dénigrante d'un parent. Pour ces derniers, le S.A.P. est un phénomène où l'enfant exprime librement et de façon persistante des sentiments et des croyances déraisonnables envers un parent et qui sont disproportionnées par rapport à la réalité<sup>187</sup>.

248 L'auteur et expert Richard A. Gardner<sup>188</sup> distingue trois niveaux de gravité quant au syndrome d'aliénation parentale : le léger, le modéré et le sévère. Lorsque le syndrome est « léger », l'aliénation est superficielle et l'enfant coopère bien à l'exercice des droits d'accès mais est parfois critique et a des réserves quant à l'exercice des droits d'accès, le parent aliénant développe une certaine autocritique et est empathique avec le fait que l'enfant doit maintenir un attachement avec l'autre parent.

249 Le syndrome « modéré » se reconnaît dans un premier temps quant à la réticence à exercer des droits d'accès; d'ailleurs, dans le cas où il y a exercice, les enfants sont par moments incontrôlables et affichent un manque de respect évident à l'égard du parent non gardien. Le tout s'accompagne d'une campagne de dénigrement presque continue par l'autre parent.

250 Le syndrome « sévère » se distingue notamment du syndrome « modéré » en ce que les symptômes que nous avons décrits sont amplifiés. L'exercice des droits d'accès peut devenir impossible, les enfants sont carrément hostiles, ils peuvent même être violents physiquement à l'égard du parent aliéné. De plus, cette « haine » se transmet aux proches du parent aliéné. Il est important de noter que le S.A.P. s'applique

---

<sup>187</sup> VAN GIJSEGHEM, Hubert, « Le syndrome d'aliénation parentale » dans *Revue d'action juridique et sociale*, n° 218, octobre 2002, 38.

<sup>188</sup> GARDNER, Richard A., « Recommendation for Dealing with Parents Who Induce a Parental Alienation Syndrome to their children », (1998) *28 Journal of Divorce and Remarriage*, Haworth Press, 1. Le Dr Gardner identifie huit des premières manifestations du S.A.P.: une campagne de dénigrement, des explications frivoles ou absurdes pour rationaliser le défaut d'ambivalence de l'enfant, le phénomène du « Independent thinker » (i.e. ces sentiments originent de l'enfant), l'appui du parent aliénant aux prétentions de l'enfant, l'absence de culpabilité de l'enfant quant au dénigrement et/ou à l'exploitation du parent aliéné, l'enfant emprunte et croit en des « scénarios » du parent aliénant, l'animosité s'étend à la famille et aux amis du parent aliéné.



seulement si le parent aliéné n'est pas responsable du dénigrement (par exemple, abus physiques, sexuels, etc.).

251 Dans les situations où l'on est en présence d'un S.A.P. « modéré » ou « sévère », un changement de garde peut être approprié<sup>189</sup>, tout en tenant compte des autres éléments relatifs à l'attribution de la garde à un parent (par exemple, disponibilité, capacité parentale, etc.). Il faut limiter les intrusions du parent aliénant dans la vie de l'enfant, on peut presque parler de « sevrage ». La garde partagée peut apparaître comme une solution de transition en fonction de l'attitude du parent aliénant, une aide thérapeutique est nécessaire lorsque le syndrome est sévère. Il faut toutefois être prudent pour ne pas exacerber la situation, on peut s'imaginer le type de communication intervenue entre les parties<sup>190</sup>.

252 Par ailleurs, le changement de garde ne sera pas toujours le remède approprié. Citons le passage suivant de l'affaire *Droit de la famille – 2829* :

253 Le présent dossier présente un cas clair d'aliénation parentale. La demanderesse a très rapidement récupéré le rôle de la victime pour s'attacher les enfants. La brutalité de la rupture entre le défendeur et les enfants ainsi que le revirement total d'attitude de ces derniers révèlent la responsabilité de la demanderesse. L'intérêt supérieur des enfants commande que le processus d'aliénation, qui est en marche depuis près de deux ans, soit arrêté. Le défendeur paraît davantage en mesure d'apporter aux enfants une éducation équilibrée dans un contexte serein, où la mère elle-même ne sera pas

<sup>189</sup> VAN GIJSEGHEM, Hubert, « Le syndrome d'aliénation parentale » dans *Revue d'action juridique et sociale*, n° 218, octobre 2002, 40; *Droit de la famille – 1926*, [1994] R.D.F. 92 (C.S.); au même effet : *Droit de la famille – 2210*, [1995] R.J.Q. 1513 (C.S.) ou J.E. 95-1201 (C.S.). Si l'aliénation résulte des actes du parent non gardien, il pourra voir ses droits d'accès annulés, voir *J. c. T.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-007782-998, 17 avril 1997, j. Senécal. *Droit de la famille – 3331*, J.E. 99-1204 (C.S.), *contra* : *Droit de la famille – 2829*, [1997] R.D.F. 886 (C.S.) ou J.E. 97-2178 (C.S.): « Un changement de garde ne paraît pas le moyen le plus approprié de servir l'intérêt des enfants. En effet, cela risquerait de renforcer les positions extrêmes des enfants. Il y aurait danger de fugue et d'agressivité ». *Droit de la famille – 3493*, J.E. 2000-150 (C.S.) ou REJB 99-16410 (C.S.).

<sup>190</sup> C.C. c. J.L., C.S. Montréal, n° 500-12-209743-033, 5 décembre 2002, j. Picard; S.F. c. S.U.R., C.S. Beauce, n° 350-04-000124-991, 9 décembre 2002, j. Hardy-Lemieux.

dénigrée. Cependant, un changement de garde ne paraît pas le moyen le plus approprié de servir l'intérêt des enfants. En effet, cela risquerait de renforcer les positions extrêmes des enfants. Il y aurait un danger de fugue et d'agressivité. La stabilité psychologique et morale des enfants, déjà ébranlée par le conflit parental, risquerait de s'affaiblir. Il est préférable que la garde soit confiée à la demanderesse, assortie de mesures assurant la présence du père dans la vie des enfants et lui permettant d'obtenir les informations auxquelles il a droit. Les parties et les enfants ont accepté de s'engager dans des mesures thérapeutiques et celles-ci seront précisées. Dans le cas où la demanderesse et les enfants ne les respecteraient pas, la situation devra être signalée au directeur de la protection de la jeunesse. Si les enfants refusaient de respecter le processus mis en place par le tribunal, la demanderesse devra les retirer de leurs activités de loisirs.<sup>191</sup>

254 Le niveau du S.A.P. s'évalue selon le « succès » obtenu auprès de l'enfant et non en fonction des efforts déployés...

255 Par ailleurs, nous sommes en mesure d'apprécier toute l'importance que les tribunaux accordent à la reconnaissance des contacts de l'enfant avec chacun des parents et de leur implication dans les décisions qui le concernent. Il s'agit en fait d'une garde alternée « forcée » car le parent aliénant ne désire certes pas partager la garde avec le parent aliéné. N'oublions pas que l'enfant souffrant du syndrome à son stade sévère en

<sup>191</sup> [1997] R.D.F. 886 (C.S.). Par ailleurs, voir les décisions suivantes où le changement de garde a été ordonné : *Droit de la famille - 1926*, [1994] R.D.F. 92 (C.S.); au même effet: *Droit de la famille - 2210*, [1995] R.J.Q. 1513 (C.S.) ou J.E. 95-1201 (C.S.). Si l'aliénation résulte des actes du parent non gardien, il pourra voir ses droits d'accès annulés, voir *J. c. T.*, C.S. Longueuil, n° 505-12-007782-998, 17 avril 1997, j. Senécal. *Droit de la famille - 3331*, J.E. 99-1204 (C.S.), *contra*: *Droit de la famille - 2829*, [1997] R.D.F. 886 (C.S.) ou J.E. 97-2178 (C.S.): « Un changement de garde ne paraît pas le moyen le plus approprié de servir l'intérêt des enfants. En effet, cela risquerait de renforcer les positions extrêmes des enfants. Il y aurait danger de fugue et d'agressivité ». *Droit de la famille - 3493*, J.E. 2000-150 (C.S.) ou REJB 99-16410 (C.S.).

vient à considérer l'autre parent comme psychologiquement mort<sup>192</sup>, d'où l'importance d'agir rapidement et fermement<sup>193</sup>.

256 D'ailleurs, la Cour d'appel a déjà défini une attitude contrôlante menant à l'aliénation parentale de la façon suivante dans l'arrêt *Droit de la famille –2085*: « Il s'agit d'un enfermement dans une allégeance à sens unique ».<sup>194</sup>

257 Quant à Gardner, il fait une analogie entre le syndrome d'aliénation parentale et les enfants qui ont été retirés de leur foyer et ont été amenés et séquestrés dans le cadre des activités d'un culte. Gardner nous indique que la solution à de tels problèmes est de traiter l'enfant, notamment par la psychothérapie; si pendant le temps que dure ce traitement, on laisse l'enfant dans le même milieu, cette solution apparaîtrait simpliste à qui que ce soit. Selon Gardner, on doit faire l'analogie avec le syndrome d'aliénation parentale et on doit faire en sorte que l'enfant, dans les cas modérés ou sévères, voie les contacts avec le parent aliénant de même que cet environnement modifiés.

258 Les tribunaux accordent beaucoup d'importance au fait pour l'enfant d'avoir accès à ses deux parents. Nous vous renvoyons plus particulièrement à la décision *Droit de la famille – 2388*<sup>195</sup> alors qu'un des parents était devenu passablement contrôlant, ce qui a amené le Tribunal à ordonner l'établissement d'une garde alternée. La garde alternée *peut* donc être une solution à l'aliénation parentale dans certains cas.

259 Le syndrome d'aliénation parentale est un phénomène pathologique complexe qui utilise la plupart du temps le mensonge et la distorsion cognitive et qui a pour objectif la programmation continue et systématique du bris de l'attachement entre le parent aliéné et son enfant. L'enfant devient graduellement « prisonnier » du syndrome et épouse la vision du parent aliénant, et pourra être privé de toute chance de pouvoir prendre ses propres décisions quant à ses relations avec le parent aliéné.

---

<sup>192</sup> VAN GIJSEGHEM, Hubert, « Le syndrome d'aliénation parentale » dans *Revue d'action juridique et sociale*, n° 218, octobre 2002, 39.

<sup>193</sup> *N.H. c. Y.B.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-04-000030-960, 11 novembre 2002, j. Richard; *G.(F.) c. B.(M.)*, REJB 2002-36421 (C.S.).

<sup>194</sup> [1996] R.D.F. 293 (C.S.).

<sup>195</sup> [1996] R.D.F. 293 (C.S.).

<p><i>L.B. c. S.C., J.E.</i> 2003-1602 (C.S.)</p>	<p>Le Tribunal, en présence d'une preuve d'aliénation parentale grave (dénigrement, embrigadement et désobéissance aux jugements rendus) modifie les modalités de contacts.</p>
<p><i>B.D. c. J.-MH,</i> REJB 2003-47686 (C.A.) ou J.E. 2003-1808 (C.S.)</p>	<p>L'aliénation parentale par la mère amène un changement de garde en faveur du père.</p>
<p><i>C.(C.) c. L.(J.),</i> REJB 2002-39440 (C.S.) et REJB 2003-39419 (C.A.)</p>	<p>Le 1<sup>er</sup> octobre 2002 [l'expert], Champagne a produit un complément d'expertise pour évaluer la garde partagée. Le rapport a souligné que la garde partagée n'avait pas résolu le problème et que la situation était encore plus urgente. Champagne a souligné le discours salissant de C... à l'égard du père et qu'É... a besoin d'être protégée de cette guerre d'allégeance entre ses deux parents. Champagne a recommandé des accès supervisés pour C....</p> <p>L... a les capacités parentales pour s'occuper d'É... et prendre les décisions dans son meilleur intérêt. Il tente de protéger É... du conflit parental et peut distinguer les besoins d'É... des siens. Il a d'ailleurs fait le nécessaire pour qu'É... ait un suivi thérapeutique qui devait commencer en octobre 2002. Ce suivi devait aider É... à faire face à la pathologie systémique de la famille. É... retrouverait chez son père ses deux frères avec qui elle s'entend bien et qui peuvent l'aider. Elle a une bonne relation aussi avec S... et sa fille An....</p>
<p><i>J.F.R. c. J.G., C.S.</i> Frontenac, n° 235-12-002705-983, 13 août 2003, j. Allard</p>	<p>Le Tribunal craignant qu'il n'y ait aliénation confie la garde au père.</p>
<p><i>S.O. c. A.Z., C.S.</i> Québec, n° 200-04-011493-035, 28 octobre 2003, j. Moreau ou J.E. 2003-2245 (en appel)</p>	<p>L'aliénation peut aussi émaner de la nouvelle conjointe du parent et peut nécessiter un changement de garde.</p>
<p><i>N.F. c. G.L., C.S.</i> Montréal, n° 500-12-257490-015, 24 octobre 2003, j. Monast</p>	<p>« Les policiers ont dû intervenir à de multiples reprises pour désamorcer des situations de crise ou dresser des constats. Selon la demanderesse, les policiers sont ainsi intervenus à au moins une quinzaine de reprises, la plupart du temps en présence des enfants. Ils ont été</p>

	<p>appelés, tour à tour, par la demanderesse et par le défendeur. À plusieurs occasions, leur présence a été requise simplement pour constater la remise d'un document, la formulation d'un reproche ou simplement les circonstances de l'échange des enfants.</p> <p>Le défendeur enregistre les conversations des enfants quand ils téléphonent à leur mère ou qu'ils reçoivent un appel de cette dernière. Les enfants sont au courant de cette situation et évitent de téléphoner pour ne pas alimenter le conflit.</p> <p>Les parties se dénigrent mutuellement devant les enfants. Elles se parlent encore, la plupart du temps, par l'entremise de leurs avocats. Le cahier de communication est l'occasion pour l'une et l'autre de se faire des reproches et de perpétuer la mésentente. L'écoulement du temps a aggravé le conflit. Il a anéanti leur capacité de communiquer et leur volonté de faire des compromis. Les parents reconnaissent que la garde partagée ne fonctionne pas.</p> <p>Le Tribunal est d'opinion, compte tenu des circonstances, que la garde partagée n'est pas ici dans leur intérêt. Une ordonnance de garde exclusive avec des droits d'accès au parent non gardien semble plus appropriée. Ce type de garde procurera un milieu de vie plus stable pour les enfants. Il faut espérer qu'elle réduira les occasions d'affrontements entre les parents et leur permettra de rétablir la communication.</p>
--	--

## 9. L'opinion de l'enfant

<p><i>D.B. c. J-M.H.</i>, REJB 2003-47686 (C.A.) ou J.E. 2003-1808 (C.S.)</p>	<p>La Cour d'appel conclut que le juge de première instance a erré en ne respectant pas le désir d'un enfant de dix-sept ans. L'expression de l'opinion de l'enfant est déterminante et devait être respectée étant donné son âge.</p>
<p><i>J.L. c. M.C.</i>, C.S. Beauharnois, n° 760-04-000545-914, 26 novembre 2003, j. Emery ou J.E. 2004-228</p>	<p>Le Tribunal respecte le désir d'un enfant de treize ans qui ne souhaite pas voir son père.</p>
<p><i>M.S. c. S.P.</i>, C.S. Alma, n° 160-04- 000067-938, 19</p>	<p>Le Tribunal refuse de suivre l'opinion d'un enfant de treize ans étant donné que sa décision est motivée par des ingérences extérieures inappropriées et inopportunes qui</p>

décembre 2003, j. Duchesne. Au même effet quant à un enfant de 13 ans, voir : <i>L.D. c. G.F.</i> , C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-000530-919, 23 janvier 2004, j. Richard	ont voilé l'image que l'enfant s'est faite de son père et de son milieu.
--	--

### 10. L'âge et l'état de santé

260

En ce qui a trait à l'âge, nous avons traité de la question ci-dessus.

<i>B.(N.) c. V.(S.)</i> , REJB 2002-37013 (C.S.)	Même si l'enfant est âgé de deux ans, c'est probablement le moment le plus approprié pour commencer à considérer une garde partagée. Ce n'est pas lorsque l'enfant fréquentera l'école (à cause de la distance séparant les domiciles) que l'on pourra vraiment considérer une telle possibilité.
<i>S.R. c. L.L.</i> , C.S. Richelieu, n° 765-04-001783-018, 27 mai 2003, j. Verrier ou B.E. 2003BE-587 (C.S.); au même effet quant à l'impact de difficultés scolaires: <i>J.B. c. B.L.</i> , C.S. Saint-Hyacinthe, n° 750-12-010374-002, 1 <sup>er</sup> décembre 2003, j. Dufresne	La preuve démontre que l'enfant éprouve une difficulté de langage et qu'elle a besoin davantage de stimulation et d'encadrement, d'autant plus qu'elle doit fréquenter l'école à compter du mois de septembre prochain.  Après analyse de l'ensemble de la preuve, le Tribunal est d'avis que, vu notamment sa disponibilité, la mère présente actuellement de meilleures aptitudes que le père à répondre aux besoins spécifiques de l'enfant V....
<i>J.D. c. V.P.</i> , J.E. 2004-16 (C.S.)	Le fait que l'enfant soit épileptique ne constitue pas en soi un empêchement à l'établissement d'une garde partagée. La réponse est fonction des faits propres à chaque situation.

261

Nous espérons que ce tour d'horizon jurisprudentiel vous permettra d'envisager les demandes d'établissement de garde partagée, en demande ou en défense, sous un autre

jour. Le prochain titre traitera des aspects financiers de la garde partagée.

#### V.- LA GARDE PARTAGÉE ET LA PENSION ALIMENTAIRE

262 Il est important d'apporter quelques éléments de réflexion sur la façon dont sont réparties les dépenses dans le cadre d'une garde partagée. Il est fréquent que le partage des dépenses devienne un irritant entre les parents.

263 La garde partagée engendre des coûts importants, l'augmentation des dépenses pour un parent ne signifiant pas une réduction des dépenses pour l'autre parent. Il est clair que la seule répartition du temps ne peut rendre compte d'une répartition égale des dépenses et surtout des revenus de chacune des nouvelles familles. Il faut s'interroger sur la « réalité » quant à la répartition des dépenses. On ne saurait trop aviser le procureur de s'assurer qu'il y aura un partage effectif des dépenses entre les parties et que les habitudes de répartition de ces dépenses avant l'établissement de la garde partagée devront être revues pour qu'elles soient conformes à la réalité. Une simple clause prévoyant que les parties paieront en parts égales les dépenses (ou certaines dépenses) est difficilement exécutoire<sup>196</sup>. Il y a lieu de prévoir des modalités de paiement ou de répartition du paiement de la pension alimentaire. En bref, il faut liquider ou quantifier le montant des dépenses au cas où le paiement de ces dépenses ne résulte pas en un partage égal ou proportionnel<sup>197</sup>.

264 Les principes suivants doivent guider le procureur :

- ◆ la garde partagée augmente généralement le coût total des dépenses reliées à un enfant; dans

---

<sup>196</sup> *Mathieu c. Lambert*, B.E. 2003BE-357 : la Cour des petites créances n'aurait pas juridiction pour entendre une telle demande, la réclamation ne résultant pas d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

<sup>197</sup> *J.T. c. S.A.*, C.S. Rouyn-Noranda, n° 600-04-001364-032, 25 novembre 2003, j. Guertin; *J.N. c. S.M.*, C.S. frontenac, no 235-04-000097-034, 25 novembre 2003, j. Allard; *G.B. c. D.P.*, C.S. Québec, n° 200-12-053490-950, 26 novembre 2003, j. Bernard.

certaines États américains, on multiplie par 1,5 la présomption de partage à 50 %<sup>198</sup> ;

- ◆ la répartition de la pension pour l'enfant doit être établie selon la réalité des choses ;
- ◆ l'enfant doit pouvoir disposer de montants lui permettant de bénéficier d'un niveau de vie similaire dans les deux milieux<sup>199</sup>.

265 Dans le contexte d'une garde partagée, le principe de base consiste dans le partage : partage des attributs de l'autorité parentale, mais aussi des avantages fiscaux et des dépenses. Dans l'affaire *C.L. c. C.P.*<sup>200</sup>, le Tribunal établit clairement le principe à l'effet que les parents doivent contribuer à toutes les dépenses relatives à l'enfant, en proportion du temps de garde. La pension alimentaire a avant tout pour fonction de compenser l'écart existant entre les revenus des parties, de manière à ce que chacune puisse s'acquitter ensuite de sa contribution proportionnellement à son temps de garde.

**A. Le barème, une présomption réfragable : quand la garde partagée met en cause le caractère « immuable » du barème**

266 Spécifions, dans un premier temps, que les *Lignes directrices* ont été établies *au profit* des enfants<sup>201</sup>. Le nouveau système, entré en vigueur en 1997, n'a pas pour objectif de diminuer les pensions alimentaires, il constitue un minimum<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> *Slade c. Slade*, Supreme Court of Newfoundland, Court of Appeal, n° 2001 NFCA, site Internet: Canlii. Pour une illustration, voir, *A.T. c. G.J.C.*, C.S. Saint-François, n° 450-04-000735-901, 11 février 2004, j. Fournier, le Tribunal accorde à Madame une somme forfaitaire en contrepartie des coûts non partagés et assumés par cette dernière depuis le dernier jugement.

<sup>199</sup> *G.S. c. A.R.*, C.A. Montréal, n° 500-09-001936-962, 28 mai 1996, j. Vallerand, Nuss et Forget ou *Droit de la famille-2430*, J.E. 96-1198, commenté par Dominique GOUBAU dans « Droit de la famille québécois », *Collection du juriste*, Éd. C.C.H., Juillet 1996, 6; *P.R. c. D.C.*, 2000BE-277 (C.S.); *L.B. c. M.H.*, [2003] R.D.F. 435 (C.S.).

<sup>200</sup> REJB 2000-18015 (C.S.).

<sup>201</sup> *F.M. c. G.L.*, C.S. Montréal, n° 500-04-001017-871, 6 février 2004, j. Lalonde; *Droit de la famille-3148*, [2000] R.J.Q. 673 ou [2000] R.D.F. 191 (C.A.).

<sup>202</sup> *F.M. c. G.L.*, C.S. Montréal, n° 500-04-001017-871, 6 février 2004, j. Lalonde.



L'enfant ne doit pas être pénalisé par l'adoption de ces règles<sup>203</sup>.

267

La garde partagée engendre des coûts importants, l'augmentation des dépenses pour un parent ne signifiant pas une réduction des dépenses pour l'autre parent. Il est clair que la seule répartition du temps ne peut rendre compte d'une répartition égale des dépenses et surtout des revenus de chacune des nouvelles familles. Il faut s'interroger sur la « réalité » quant à la répartition des dépenses. On ne saurait trop aviser le procureur de s'assurer qu'il y aura un partage effectif des dépenses entre les parties et que les habitudes de répartition de ces dépenses avant l'établissement de la garde partagée devront être revues pour qu'elles soient conformes à la réalité. Une simple clause prévoyant que les parties paieront en parts égales les dépenses (ou certaines dépenses) sur production des pièces justificatives est difficilement exécutoire<sup>204</sup>. Il y a lieu de prévoir des modalités de paiement ou de répartition du paiement de la pension alimentaire. En bref, il faut liquider ou quantifier le montant des dépenses au cas où le paiement de ces dépenses ne résulte pas en un partage égal ou proportionnel. Cette solution nous apparaît d'autant plus pertinente que le créancier peut maintenant saisir le débiteur sans avoir à attendre que le sous-ministre décide d'intervenir, en autant que le dispositif soit exécutoire. Une autre mise en garde vient de la tentation, à laquelle plusieurs succombent, à l'effet de compenser ou de réduire la pension payable par le débiteur par un transfert de la totalité des prestations familiales fédérales et des « allocations familiales » au créancier alimentaire. Dans un premier temps, rappelons que ces sommes ne constituent pas un revenu au sens de l'article 9 du *Règlement* relatif aux *Lignes directrices québécoises*. Dans un second temps, ce type de transfert ne correspond pas à ce que permet la loi qui vise le versement des sommes au parent qui assume principalement les besoins de l'enfant. Or en matière de garde partagée, il y a deux responsables...Il en résulte parfois, lorsque les jours meilleurs du jugement sont passés, une demande du parent qui a renoncé à ses bénéfices visant la stricte

<sup>203</sup> *Droit de la famille-3161*, J.E. 1998-2332 (C.S.); *Droit de la famille-2430*, J.E. 2000-347 (C.S.).

<sup>204</sup> *Mathieu c. Lambert*, B.E. 2003BE-357 : la Cour des petites créances n'aurait pas juridiction pour entendre une telle demande, la réclamation ne résultant pas d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

application de la loi. Le parent qui recevait la totalité de ces sommes voit donc les ressources attribuées aux enfants amputées sans pension alimentaire pour compléter le revenu perdu.

268 Cette décision renforce notre énoncé à l'effet qu'il n'est pas suffisant d'utiliser les « tables » pour calculer la contribution totale des parents. Il pourra donc être approprié de majorer la contribution d'une partie pour s'assurer que chacun des parents puisse procurer à l'enfant qui fait l'objet de la garde partagée un train de vie comparable dans les deux milieux. On peut envisager le versement d'une somme supplémentaire pour équilibrer le niveau de vie des enfants chez l'un et l'autre parent. Bref, l'enfant doit pouvoir bénéficier d'un niveau de vie comparable d'un milieu à l'autre, avoir un environnement économique similaire<sup>205</sup>. La jurisprudence, frileuse au premier abord, s'en rapportant au principe que les *Lignes directrices québécoises* tiennent déjà compte de la proportion ou de la disproportion des revenus et qu'il ne peut y avoir d'autres ajustements relatifs au niveau de vie car la contribution parentale est présumée combler les besoins « de base » de l'enfant, a créé des brèches. Nous aborderons dans les prochaines lignes cette question, car elle touche non seulement l'aspect financier mais plus fondamentalement la relation de l'enfant avec le parent défavorisé financièrement.

#### **B. La jurisprudence, la pension alimentaire pour l'enfant et le niveau de vie en garde partagée**

269 Nous ne croyons pas que l'application des lignes directrices enlève toute discrétion au Tribunal quant au *quantum* de la pension alimentaire<sup>206</sup>, on peut notamment renvoyer au concept des difficultés excessives (art. 587.2 C.c.Q.) et à la prise en compte des ressources de l'enfant. Cette présomption établie par l'article 587.1 C.c.Q. est réfragable, selon nous, en certaines circonstances, la garde partagée en étant une lorsque l'écart des revenus entre les deux milieux est tel que l'enfant vivra en fonction de deux niveaux de vie différents en

<sup>205</sup> *L.P. c. S.L.*, C.S. Saint-François, n° 450-04-004546-007, 4 juin 2003, j. Fournier.

<sup>206</sup> Voir particulièrement : *L.R. c. M.G.*, C.S. Saint-François, n° 450-12-022022-034, 25 novembre 2003, j. Mireault; *C.É. c. C.M.*, C.S. Gaspé, n° 110-04-001516-029, 6 juin 2002, j. Blanchet; *C. (J.D.) c. P.(M.)*, REJB 2002-32445 (C.S.).

passant d'un milieu à l'autre<sup>207</sup>. Cette différence entre les niveaux de vie pourrait même porter atteinte à la qualité du lien entre l'enfant et le parent qui n'est pas ou n'est plus en mesure de lui assurer un niveau de vie comparable à ce qu'il trouve chez l'autre parent. Il faut que le Tribunal compense le déséquilibre financier qui résulte des différences de revenus entre les parties<sup>208</sup>.

270 Dans les décisions *C. (J.D.) c. P.(M.)*<sup>209</sup> et *Droit de la famille-3592*<sup>210</sup> où il est question de garde partagée et de pension alimentaire pour l'enfant, les tribunaux concernés indiquent que la présomption relative au fait que la pension fixée à l'aide des barèmes est censée correspondre aux besoins de l'enfant est une présomption réfragable pour reprendre les termes du juge Lefebvre dans l'affaire *C. (J.D.) c. P.(M.)* :

271 Le juge Blanchet, dans *Droit de la famille – 3592*, a bien fait ressortir les conséquences importantes au niveau de la pension selon que l'on est en garde exclusive, soit moins de 40 % du temps de garde au père, ou en garde partagée avec 40 % et plus.

272 Il donne l'exemple suivant :

273 Ainsi, à la frontière délimitant la garde exclusive avec accès prolongés et la garde partagée, deux journées additionnelles de garde font chuter la pension de 40 %. Et cette baisse atteint les environs de 55 % si on opte pour une garde partagée également. Comment expliquer pareils écarts? Et surtout, comment peut-on raisonnablement les défendre aux plans de la logique et de l'équité ?

274 Dans la cause *Droit de la famille-3592* précitée, le juge Blanchet s'exprime comme suit :

275 Le second alinéa de l'article 587.2 C.c.Q., qui prévoit la possibilité pour le tribunal d'augmenter ou de réduire la contribution alimentaire de base en cas de difficultés excessives, précise que « ces difficultés peuvent résulter, entre autres, de frais liés à l'exercice de droits de visite à l'égard de l'enfant,

<sup>207</sup> *L.B. c. J.L.*, [2003] R.D.F. 508 (C.S.).

<sup>208</sup> *L.R. c. M.G.*, C.S. Saint-François, n° 450-12-022022-034, 25 novembre 2003, j. Mireault.

<sup>209</sup> REJB 2002-32445 (C.S.); REJB 2003-39001 (C.S.).

<sup>210</sup> [2000] R.J.Q. 1284 (C.S.).

*d'obligations alimentaires assumées à l'endroit d'autres personnes que l'enfant ou encore, de dettes raisonnablement contractées pour des besoins familiaux ».*

- 276 Selon la preuve, les difficultés invoquées par la demanderesse ne relèvent d'aucune des trois sources identifiées dans cette nomenclature non exhaustive, ni d'aucune cause de même nature. Par ailleurs, contrairement aux lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, les règles québécoises ne prévoient pas expressément le principe de la comparaison des niveaux de vie dans la fixation des contributions alimentaires pour enfants. Cependant, selon une jurisprudence que disent endosser les auteurs de *Droit de la famille québécois*, « la référence légale à l'ensemble des **circonstances** ouvre [...] la porte à la prise en considération d'un écart entre les moyens financiers respectifs des parents, du moins lorsque cet écart est important ».
- 277 Le Tribunal fait siens les commentaires du juge Blanchet. Cette disparité importante de revenus est un facteur dont le Tribunal doit tenir compte. Doit-on accepter qu'un enfant lorsqu'il est avec un parent dont les revenus sont quinze fois supérieurs à l'autre, vive dans l'abondance alors que lorsqu'il est avec l'autre parent, ce dernier ne puisse subvenir à ses besoins ? [Nous avons omis les renvois]
- 278 Le Tribunal renvoie à un arrêt de la Cour d'appel : *Droit de la famille-2807*<sup>211</sup> où elle indique que le principe de la contribution proportionnelle n'est pas un principe absolu. Cette obligation réciproque de contribution aux besoins alimentaires d'un enfant doit être tempérée pour tenir compte des ressources réelles des parties. De même dans l'affaire *J.P. c. C.D.*<sup>212</sup>, la Cour indique ce qui suit :
- 279 Le Tribunal est d'avis que Madame doit pouvoir faire face, de façon raisonnable, à des dépenses imprévues. Elle ne peut être contrainte de vivre dans la mendicité avec Cl... et M..., malgré la pension alimentaire qu'elle recevra pour ces derniers alors que K... bénéficierait quotidiennement d'un niveau de

<sup>211</sup> J.E. 97-1995.

<sup>212</sup> C.S. Beauce, n° 350-04-000044-017, 30 octobre 2002, j. Hardy-Lemieux.

revenus plus élevés chez son père. Il ne peut y avoir, au sein d'une même famille, des enfants de « première classe » et d'autres, appartenant plutôt à la « seconde classe ». Ce serait certes contraire à l'objectif fixé par le législateur en adoptant le *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*.<sup>213</sup>

280 D'ailleurs, dans *Droit de la famille – 3492*<sup>214</sup> et dans *Droit de la famille – 3278*<sup>215</sup>, il a été décidé que seul l'achat des vêtements devait être pris en charge par l'une des parties.

281 Il y a lieu de permettre à l'enfant de maintenir le même standard de vie<sup>216</sup>, le problème se posant avec encore plus d'acuité dans le cadre d'une garde partagée<sup>217</sup>. La disparité importante dans les revenus des parties devrait permettre à la Cour d'augmenter la pension alimentaire pour tenir compte de cet élément<sup>218</sup>. À défaut de ce faire, le système souffre d'une apparente incongruité si on compare la pension alimentaire payable lorsque l'on dépasse la barre magique des 40 % de jours d'accès pour un parent<sup>219</sup>. Il faut procéder à un rééquilibrage de la pension pour l'enfant en matière de garde partagée en fonction du revenu des parents lorsque l'écart est important; de plus, il faut tenir compte du parent qui, dans la réalité des choses, assume les dépenses ou certaines dépenses en totalité, c'est-à-dire qu'il est possible qu'en garde partagée un seul des parents se charge de l'achat des vêtements; le Tribunal doit tenir compte de cet élément<sup>220</sup>.

282 Nous croyons que la jurisprudence opère, quand les circonstances le justifient, une brèche quant au concept de « l'infailibilité » du barème. Certes, la Cour doit user de sa

<sup>213</sup> Au même effet : *A.L. c. S.G.*, J.E. 2003-456 (C.S.) ou C.S. Hull, n° 550-04-006071-001, 16 janvier 2003, j. Landry.

<sup>214</sup> [2000] R.L. 140 (C.S.), 2000-BE-130.

<sup>215</sup> B.E. 99BE-449, (C.S.).

<sup>216</sup> *A.L. c. S.G.*, J.E. 2003-456 (C.S.) ou C.S. Hull, n° 550-04-006071-001, 16 janvier 2003, j. Landry.

<sup>217</sup> *I.(C.) c. P.(C.)* ou *Droit de la famille-3592*, REJB 2000-18015 (C.S.); *L.B. c. M.H.*, C.S. Montréal, n° 500-04-030130-026, 4 avril 2003, j. Matteau; *Droit de la famille-3443*, REJB 1999-14974 (C.A.); *Y.B. c. M.C.G.*, J.E. 2003-56 (C.S.).

<sup>218</sup> *A.L. c. S.G.*, J.E. 2003-456 (C.S.) ou C.S. Hull, n° 550-04-006071-001, 16 janvier 2003, j. Landry.

<sup>219</sup> *I.(C.) c. P.(C.)*, REJB 2000-18015 (C.S.) ou *Droit de la famille-3592*.

<sup>220</sup> *S.B. c. S.C.*, REJB 2000-19352 (C.A.).

discrétion pour que les bienfaits du barème ne soient pas perdus, mais on doit privilégier avant tout le meilleur intérêt de l'enfant.

Constitue une difficulté excessive	Ne constitue pas une difficulté excessive
<p>La disparité des revenus (présomption irréfragable)</p> <p>Contrairement aux <i>Lignes directrices fédérales</i>, le Tribunal n'a pas à tenir compte du niveau de vie des parties dans l'application des <i>Lignes directrices provinciales</i> dans le cadre d'une garde partagée. En effet, selon les barèmes provinciaux, les revenus des deux parents sont considérés dans la fixation de la pension alimentaire pour enfants : <i>Y.L. c. J.L.A.</i>, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-003760-018, 7 février 2002, j. Moreau.</p> <p>Le barème du <i>Règlement</i> tient déjà compte de la disparité des revenus en tenant compte de la proportion.</p> <p><i>C.D. c. G.P.</i>, C.S. Montréal, n° 500-12-252169-002, 28 mai 2002, j. Hallée : en l'espèce, Madame soulève la disparité des revenus afin de ne payer aucune pension alimentaire pour les enfants (Monsieur gagne au-delà de 150 000\$). Le Tribunal renvoie à l'arrêt de la Cour d'appel dans <i>Droit de la famille-2569</i>, [1998] R.J.Q. 2254 (C.A.) où la Cour indique clairement qu'il est difficile de tenir compte de la différence entre les revenus annuels des parties à titre de difficultés excessives, les nouvelles règles québécoises tenant compte des revenus des parties.</p> <p><i>G.C. c. É.L.</i>, C.S. Abitibi, n° 605-04-001367-026, 18 juillet 2002, j. Viens : la disparité des revenus n'est pas une difficulté excessive, les barèmes étant basés sur un calcul des proportions</p>	<p>La disparité des revenus (présomption réfragable)</p> <p>Nous soumettons qu'il s'agit là d'une particularité du régime québécois et que la présomption relative au montant de la contribution parentale de base est réfragable, nous ne croyons pas que le Tribunal soit dépouillé de toute discrétion en certaines circonstances, voir <i>C.É. c. H.M.</i>, C.S. Gaspé, n° 110-04-001516-029, 6 juin 2002, j. Blanchet <i>C.(J.D.) c. P.(M.)</i>, REJB 2002-32445 (C.S.).</p> <p><i>J.D.C. c. M.P.</i>, C.S. Montréal, n° 500-04-024679-012, 2 mai 2002, j. Lefebvre; <i>Droit de la famille-3592</i>, [2000] R.J.Q. 1284 (C.S.), dans les deux cas dans le cadre de garde partagée, les tribunaux concernés indiquent que la présomption relative au fait que la pension fixée à l'aide des barèmes est censée correspondre aux besoins de l'enfant est une présomption réfragable pour reprendre les termes du juge Lefebvre :</p> <p>« Doit-on accepter qu'un enfant, lorsqu'il est avec un parent dont les revenus sont quinze fois supérieurs à l'autre vive dans l'abondance alors que lorsqu'il est avec l'autre parent, ce dernier ne puisse subvenir à ses besoins ? ».</p> <p>Le Tribunal renvoie à un autre arrêt de la Cour d'appel : <i>Droit de la famille-2807</i>, J.E. 97-1995, où la Cour indique que le principe de la contribution proportionnelle n'est pas un principe</p>

incluant les faibles revenus.	<p>absolu. Cette obligation réciproque de contribution aux besoins alimentaires d'un enfant doit être tempérée pour tenir compte des ressources réelles des parties.</p> <p><i>J.P. c. C.D.</i>, C.S. Beauce, n° 350-04-000044-017, 30 octobre 2002, j. Hardy-Lemieux, nous citons :</p> <p>Il est d'avis que Madame doit pouvoir faire face, de façon raisonnable, à des dépenses imprévues. Elle ne peut être contrainte de vivre dans la mendicité avec Cl... et M..., malgré la pension alimentaire qu'elle recevra pour ces derniers alors que K... bénéficierait quotidiennement d'un niveau de revenus plus élevé chez son père. Il ne peut y avoir, au sein d'une même famille, des enfants de «première classe» et d'autres, appartenant plutôt à la seconde classe». Ce serait certes contraire à l'objectif fixé par le Législateur en adoptant le Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants.</p> <p>Au même effet : <i>AL c. S.G.</i>, J.E. 2003-456 (C.S.).</p> <p>Il y a lieu de permettre à l'enfant de maintenir le même standard de vie : <i>A.L. c. S.G.</i>, C.S. Hull, n° 550-04-006071-001, 16 janvier 2003, j. Landry. Cette difficulté se pose tout particulièrement dans le cadre de la garde partagée : <i>I.(C.) c. P.(C.)</i>, REJB 2000-18015 (C.S.); <i>L.B. c. M.H.</i>, C.S. Montréal, n° 500-04-030130-026, 4 avril 2003, j. Matteau; <i>Droit de la famille-3443</i>, REJB 1999-14974 (C.A.); <i>Y.B. c. M.C.G.</i>, J.E. 2003-57 (S.).</p>
-------------------------------	---

## CONCLUSION

283 Nous espérons avoir rendu compte au lecteur de la complexité et de l'incertitude des questions liées à l'attribution et à l'exercice de la garde partagée. Tout comme la littérature scientifique et le législateur fédéral<sup>221</sup>, on se doit de reconnaître qu'un mode de garde ne saurait satisfaire les besoins et l'intérêt de tous les enfants. Malheureusement, les préjugés nous ramènent parfois à une autre période dans le temps où la garde était décidée en fonction de l'âge de l'enfant ou du sexe du parent ou encore à des préjugés relatifs à l'évolution de la société et des rôles parentaux qui n'ont peut-être pas évolué aussi rapidement que la jurisprudence voudrait le laisser croire. La recherche dans ce domaine est incomplète et beaucoup de pistes doivent être étudiées. Dans un cas comme dans l'autre, on dessert l'intérêt du principal intéressé : l'enfant. Il est en droit de s'attendre à ce que tout soit fait pour que la meilleure décision le concernant soit rendue.

284 Une séparation réussie est celle qui ne requiert pas l'enfant à se séparer de l'un ou l'autre de ses parents, soit à cause de l'intensité du conflit parental ou parce que l'un d'eux n'est pas disponible pour répondre à ses besoins. La garde partagée n'est toujours pas une panacée.

---

<sup>221</sup> NEILSON, Linda C., « Putting Revisions to the Divorce Act Through a Family Violence Research Filter: The Good , The Bad and The Ugly », (2003) 20 *Rev. Can. D. Fam.*11.



## ANNEXE 1

### Ourfamilywizard.com®

Ourfamilywizard.com® was specifically designed to help families with scheduling from separate households and with managing their important family information. This web site was originally designed to help families who are divorced, separated or living apart, but it has become evident that any family could benefit from its organizational tools. The web site facilitates interactive family scheduling and information management. It allows you to quickly store and access important family information.

Ourfamilywizard.com® creates a virtual home on the internet for all family members. Its foundation is the sharing of information necessary for nurturing happy and healthy children. It gives family members, with a password, access to information from almost anywhere in the world. The information is laid out in easy to use sections so you can quickly find family information in your virtual home.

## ANNEXE 2

### **Modèles d'entente quant au partage des responsabilités (parenting plan)**

Sample Parenting Agreement for a Medium Level High Conflict Couple

(School age children)

#### **GENERAL PHILOSOPHY**

1. Since we believe in the importance of both raising our children, we agree to share joint legal and physical custody of our children, Jeremy (currently age 8) and Jennifer (currently age 6). We agree to be cooperative in the best interests of our children. Because we have difficulty settling on many issues, we agree to the appointment of a mediation / arbitration professional, who is sometimes referred to as a Special Master.
2. Cooperative parenting establishes a framework wherein, mutually or with a mediator, we agree to establish two homes for Jeremy and Jennifer, arrange for the day-to-day care of Jeremy and Jennifer, consult one another concerning the needs of Jeremy and Jennifer and each other as their needs relate to Jeremy and Jennifer. This framework does not require that any set method of parenting be used but only that it be established in a cooperative manner.
3. Both of us understand that cooperative parenting requires the acceptance of mutual responsibilities as well as mutual rights insofar as Jeremy and Jennifer is concerned and may require that we put Jeremy and Jennifer's needs ahead of our own. We set forth the following agreement as to the times and places where Jeremy and Jennifer will reside, what our responsibilities will be and other relevant factors. We further agree that this agreement will be reviewed at least on an annual basis and specifically renewed or revised as necessary.
4. We are aware that the Court always has jurisdiction to modify any arrangement that concerns the well being of Jeremy and Jennifer. Notwithstanding this, we specifically express our intent to not resort to the Court except pursuant to paragraph 63 below.
5. While we were living together in a relationship, law and custom gave us certain rights and responsibilities regarding the parent-child interaction. It is our specific intent that these same rights and responsibilities continue, except as to those changes necessitated by the dissolution of our relationship and the establishment of two households. Since it was not necessary to be specific as to what the exact terms of the parent-child interactions were during our relationship, we do not feel that it is necessary to set forth all of the specific requirements of the new parent-child relationship. Such requirements as are set forth herein do not imply that this is a comprehensive or exclusive listing.

6. Both of us will continue to provide a home for Jeremy and Jennifer until they reach adulthood. Each will care for the physical, emotional and intellectual needs of our children as best we can; each will have the best interests of Jeremy and Jennifer at heart.
7. We shall decide all issues, such as the time Jeremy and Jennifer shall spend with us, schooling, medical care, etc., between us, using the general intent of this agreement.
8. It is agreed that the parent with whom Jeremy and Jennifer reside will have day-to-day jurisdiction of Jeremy and Jennifer; however, all decisions of a substantive nature will be made by consensus, if time and circumstances reasonably permit.
9. Major decisions pertaining to education, health, summer activities and welfare of Jeremy and Jennifer shall be decided by both of us after adequate consultation has occurred between us about the developmental stages of the children, the welfare of the children, the best interests of the children, and, so far as possible, the desires of the children.
10. Both of us agree to foster love and respect, even in trying times, between the children and the other parent. Neither of us shall do anything, which may estrange Jeremy and Jennifer from the other parent or hamper the natural and continuing relationships between the children and either parent.
11. We agree to honor one another's parenting style, privacy and authority. We will not interfere in the parenting style of the other parent, nor will we make plans or arrangements that would impinge upon the other parent's authority or times with the children without the express agreement of the other parent.
12. Further, we understand that each of us has or may establish an emotional / romantic relationship with another adult and neither of us requires that such relationship be a marital relationship, nor shall either attempt to limit the parental rights of the other solely on the grounds that such a relationship is not a marital relationship.
13. The personal possessions of the children are, as we both acknowledge, their personal property. They are to have complete freedom as to where they want their personal property: they may leave clothing, shoes, etc., at either of their homes, subject to a reasonable rebalancing of those items at periodic intervals.

#### **PARENTING SCHEDULE**

14. During the school year, as defined by the school calendar, the children will reside with the mother, except for the following times when they will be with their mother.
15. During the school year, the children will spend time with the father as follows:
16. Every other weekend, from Friday where the father or his appointee will pick the children up from school, and he will keep them until Monday morning when he or his appointee will return the children to school.

17. Each week, father shall have the children for a Wednesday overnight visit. This will begin immediately after school (after-school day care may be used if pick up cannot be immediate). The children will be returned to school on Thursday morning.
18. During the last week each month of the school year, father shall have Jennifer on Tuesday from after school until the following morning when she will be returned to school. On Thursday of that week, father shall have Jeremy from after school until the following morning when he will be returned to school. As above, use of daycare and pick up or drop off by an appointee may be followed if needed.
19. School breaks will be handled as follows:

*Christmas Vacation*

The vacation will be divided in half, to include the use of a half-day if necessary. The shift between households will occur at 12 noon on the appropriate day.

Father shall have the first half of Christmas Vacation in even-numbered years, mother in odd-numbered years.
20. *Christmas Eve day and Christmas day shall be handled as follows:*

Christmas Eve day, starting at 8 AM and ending at 8 PM will be observed by the parent who has the children for the second half of the Christmas vacation.

If father has the second half of the Christmas vacation, he will return the children to school on their first day back after the vacation, and mother's parenting time will resume on that day.
21. *Spring Break*

Spring break shall be alternated each year, with mother observing it with the children in even-numbered years, father in odd-numbered years.

Spring break will begin immediately after school on Friday. The parent who has them that year will pick up the children.

The children will be returned to school by the Spring break parent the following Monday.
22. *Summer Vacation*

Summer vacation will be divided in two-week blocks. Father will have the first two-week block with the children, and they will continue to alternate the children in two-week blocks of time until the end of the summer. Each parent can arrange his/her own day camp or such activities during his/her own time with the children.

If away from home on vacations, both parents are obligated to inform the other parent as to the destination, travel route and flight information (if appropriate) at least 10 days prior to the departure. These will also be filed with the

mediator/arbitrator who will, at all times, hold the children's' passports until an appropriate release time.

If the children are not travelling out of town, they will visit with the other parent one day per week, to include an overnight. The children, wherever possible, will be picked up from day camp and returned to day camp the following morning. If this is not possible, they will negotiate a comfortable, neutral pick up and drop off with the final approval of the Mediation / Arbitration person. If the children are on a vacation trip, those days, of course, will not be observed.

23. *Holidays and Birthdays will be handled as follows:*

Mother's Day: Regardless of their normal visitation schedule, the children will spend Mother's Day from 9 AM to 8 PM with their Mother.

Father's Day: Regardless of their normal visitation schedule, the children will spend Father's Day from 9 AM to 8 PM with their Father.

24. *Thanksgiving Weekend*

The weekend will begin immediately after school on Wednesday and end with a return to school the following Monday. The weekend will alternate with spring break, so mother will observe it with the children in even-numbered years and father in odd-numbered years.

25. *New Years Eve and Day*

The parent who has the children during the second half of the Christmas vacation will observe these days.

26. *Easter Sunday*

Easter Sunday will be alternated each year, with father observing it with the children on odd-numbered years, mother on even-numbered years. It will begin at 6 PM Saturday night and end at 6 PM Sunday night.

27. *Memorial Day Weekend*

Memorial Day weekend will begin immediately after school on Friday and end on Tuesday morning after Memorial Day. Its observance will override the regular visitation schedule. It will be celebrated with mother in even-numbered years and father in odd-numbered years.

28. *Labor Day weekend*

This weekend will begin immediately after school on Friday and end Tuesday morning when the children are returned to school. Father will observe the weekend with the children in odd-numbered years, mother in even-numbered years.

29. *July 4th*

The day will begin at 9 AM on the 4th and end at 10 AM on July 5th, where the children will be returned to the appropriate parent. Father will observe July 4th in even-numbered years and mother in odd-numbered years.

30. *Father and Mothers Birthday*

Parent's birthdays will always transcend the regular visitation schedule. Since both parents' birthdays are during the school year, observation will begin immediately after school on school days and end at 8 PM. On non-school days, the observation will begin at 9:00 AM and end at 8 PM.

31. *Children's Birthdays*

The children's birthdays will be observed with the parent with whom they reside when the birthday falls. The other parent will make alternative plans to celebrate the children's birthdays when the children are with him/her according to the normal co-parenting schedule.

**PARENTAL CONTRIBUTIONS**

32. We will both contribute a share of our resources (money, time, energy, effort, etc.) to the children for their material and psychological well being. Each of us will provide the necessary food, clothing, medical and dental care, shelter, recreation, etc., as would be usual and reasonable for a person in his or her economic circumstances. Both of us shall provide medical and dental coverage when it is available through our employer.

33. Both of us agree to consult with one another concerning medical and dental insurance. We will determine which has the best plan for the best price and, if in agreement, obtain that plan. We agree to share the cost of that plan insofar as coverage for Jeremy and Jennifer is concerned. We further agree to divide and pay any uncovered costs on a 50/50 basis where such charges are less than \$100.00. When such charges exceed \$100.00 and are of a non-emergency nature, we agree to consult and discuss such costs. We further agree to pay the charges that we do agree upon within thirty (30) days of submission.

**COMMUNICATION AND CONFLICT RESOLUTION**

34. All communications about the children shall be written in a communication book, which shall pass with the children as they pass between households. In it are to be noted important events of the previous week, the child's health and need for current medication, and upcoming appointments that may effect the children's scheduling. Requests for adjustments in co-parenting times may also be entered. While each parent is encouraged to respond to all requests within 48 hours, silence in regard to a request shall be considered a "yes". The book may not be used to criticize either parent's behavior.

35. Should any disputes arise between us or the children in the areas of education, health care, childcare, religious training, operation of a motor vehicle, extra-curricular activities, vacations, or other significant issues, we agree that it is in the best interests of the children and ourselves to resolve any disputes. All such decisions must be made jointly or arbitrated. They may not be made unilaterally by either parent. Should either of us wish to modify this agreement, we agree to:

36. Meet and confer with one another, each to present to the other a proposed solution to the dispute. If there is no resolution at this step, we will then:

37. Meet and confer with an expert in the field related to the dispute, e.g., doctor, teacher, counsellor, etc. If there is no resolution at this step, we will then:
38. Meet and confer with a mediator/counsellor who has had experience in dispute resolution. All concerned shall use their best efforts to resolve the issues. Should there be no resolution at this step, we will then:
39. Submit the matter to a Special Master for mediation/arbitration prior to returning to court. If there is no resolution at this step, we will then:
40. Only in the event that we still cannot agree will we submit the matter to a Court of competent jurisdiction. We understand that this is an extraordinary step and will be resorted to only when there is no other way to resolve the problem.
41. This section shall apply to all parts of this agreement.
42. Until there is resolution of any dispute that may arise concerning this agreement, the operative terms of this agreement shall remain in full force and effect.

#### **MISCELLANEOUS**

##### **Child Illnesses**

43. Whichever parent has had the children sleep over the night before an illness is responsible for staying home with that child the next morning if that child is too ill to return to school (or camp in the summer). Obviously, both parents are to inform the other of routine illnesses, which require the child to stay home from school.

##### **Out of Town Travel**

44. If a parent travels out of town for fewer than 48 hours, that parent is responsible for arranging childcare for the children. If a parent is going to be gone for more than 48 hours, then the other parent must be offered first right of refusal. If that parent cannot care for the children, it is up to the traveling parent to arrange full-time childcare until the return. If a parent accepts care of the children, there will be no make-up time for the absent parent.

##### **Telephone Access**

45. The children may call the other parent whenever they like up to two times a day.
46. Each parent may call the children once per every 48 hours of absence. Children are to be given privacy for their telephone conversations by the other parent. The call is to be placed at a mutually agreed upon time, mediated if necessary, which will remain the same over the weeks. The residential parent is obligated to ensure the presence of the children and the absence of any activity that may draw them away from a phone call (i.e. favorite TV program, neighborhood outdoor activity a block away).

**Transportation**

47. The basic principal is that the parent having the child is responsible to deliver the child either to the other parent who is supposed to have the child, or to the event or activity the child is expected to attend.

**Day to Day Decisions**

48. Decisions about bedtime, hygiene, minor disciplinary actions, minor medical and dental procedures, curfew, chores, allowances, social dress, and jewelry shall be the province of the household in which the child dwells at the moment.

**Emergencies**

49. Each parent is required to notify the other parent within 3 hours of any medical emergency. The parent present is authorized to sign legal consents for both parents to permit emergency intervention.

**Information**

50. Each parent is required to set up his/her own information network for information about school and routine medical appointments. Each is required to tell professionals that they hold joint custody and each parent has equal rights to access all information. On any emergency information sheet, each parent will list the other as the first person to contact if he or she is not reachable.

**Geographical Relocation**

51. Relocation within the Denver metropolitan area (Jefferson, Adams, Boulder, Denver, Douglas and Arapaho counties) may be done only after Mediation / Arbitration has taken place as to the required changes in the children's schooling, day care, and after school activities. The children may not be removed permanently from Colorado without the express approval of the other parent, a Mediation / Arbitration decision, or an order of the court.

**Review of Agreement**

During the month of June each year, the custody recommendations shall be reviewed and modified as agreed through mediation.

---

Father

---

Mother



**Annexe 2 (suite)**

Action No.  
IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA  
JUDICIAL DISTRICT OF EDMONTON  
BETWEEN:  
[APPLICANT'S NAME]  
Applicant  
- and -  
[RESPONDENT'S NAME]  
Respondent  
BEFORE THE HONOURABLE MR./MADAM  
JUSTICE  
COURT HOUSE, EDMONTON, ALBERTA  
On , the day  
of , 20 .  
PARALLEL PARENTING ORDER

UPON NOTING THAT the Applicant and Respondent are jointly referred to in this Order as the "Parents" of the children named in this Order.

AND UPON NOTING THAT this Order is founded upon principles of mutual respect of one Parent for the other and both Parents accepting responsibility to parent their children while focusing on the needs of the children;

AND UPON NOTING the names and birth dates of the children of the marriage or relationship:

[CHILD 1 NAME], born [CHILD 1 BIRTH DATE]  
[CHILD 2 NAME], born [CHILD 2 BIRTH DATE]  
[CHILD 3 NAME], born [CHILD 3 BIRTH DATE]

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

(1) [APPLICANT'S NAME] and [RESPONDENT'S NAME] will have joint custody of the

children with the following Parenting Times:

(a) [APPLICANT'S NAME: SPECIFY PARENTING TIMES]

[RESPONDENT'S NAME: SPECIFY PARENTING TIMES]

[OPTIONAL:]

(b) Holidays and birthdays

[APPLICANT'S NAME] and/or [RESPONDENT'S NAME] will have Parenting

Time for the following holidays and/or birthdays:

[APPLICANT'S NAME: SPECIFY OCCASION(S) AND DATE(S)]

[RESPONDENT'S NAME: SPECIFY OCCASION(S) AND DATE(S)]

[OPTIONAL:]

(c) Vacations

[APPLICANT'S NAME] and/or [RESPONDENT'S NAME] will have Parenting Time during the following vacation periods:

[APPLICANT'S NAME: SPECIFY DATE(S)]

[RESPONDENT'S NAME: SPECIFY DATE(S)]

(2) The child(ren) shall not be prohibited from placing telephone calls to the Parent in the other household. Telephone calls will be placed by the child(ren) at the following times:

[SPECIFY DATES AND TIMES OF TELEPHONE CALLS].

(3) Each Parent will make all decisions concerning the child(ren) during their respective Parenting Times and each Parent will be solely responsible for all decisions concerning community activities for the child(ren) during their respective Parenting Times, without interference from the other Parent . Neither Parent will plan or schedule activities for the child(ren) during the other Parent's Parenting Time.

(4) Neither Parent will contact the other Parent, except by way of:

(a) e-mail;

(b) a third party [OPTION: SPECIFY NAME OF THIRD PARTY] other than the child(ren);

(c) a parenting notebook to be exchanged between the parties via a third party other than the child(ren);

(d) [OPTION: SPECIFY OTHER MEANS OF COMMUNICATION]

(5) A Parent may only contact the other Parent in accordance with the terms of this order with the only exception being a case of an absolute emergency requiring the immediate attention of the other Parent.

(6) Neither Parent will use the child(ren) to relay messages, notes or any other communications.

(7) Each Parent will provide the other Parent with information on schedules, school events and other activities which will only be communicated in accordance with the terms of this Order.

(8) Any agreements and discussions of matters concerning the child(ren) which are not addressed in this Order will be made in writing and communicated with the other Parent in accordance with the terms of this Order.

(9) Each Parent will provide the other Parent any change in contact information such as address, home and work phone numbers and place of employment.

(10) This order will be followed by both Parents without variation. [Optional: If either Parent wishes to change any term of this court order, such change will only be valid by further order of this Honourable Court OR such change will only be valid by written agreement.

(11) The Parents will attend post-separation/divorce counseling with [name of counselor/psychologist or program] [OPTIONAL: and a brief written report will be submitted to the Court].

(12) The above-named counselor may contact the Court directly if the said counselor has concerns about the counseling, the behavior of the parties or the best interests of the children.

#### OPTIONAL CLAUSES

(i) Appointment of Counsel for children

The Parents will make an application for appointment of legal counsel by the Legal Aid Society of Alberta to act on behalf of the children.

(ii) Child care

The Parents will chose childcare provider(s) for the child(ren) who will provide all care outside of each Parents' residence, except when an emergency arises and the child care provider is unavailable. [OPTIONAL: Child care will be provided by [SPECIFY CHILD CARE PROVIDER].

(iii) Exchange of Children and transportation

Exchange of the children at the beginning of each Parenting time will take place at [SPECIFY LOCATION OF EXCHANGE OF THE CHILDREN].

[APPLICANT'S NAME] or [RESPONDENT'S NAME] will provide transportation for the children as follows: [SPECIFY TRANSPORTATION ARRANGEMENTS]

(iv) Medical and school decisions

The Parents will chose a medical practitioner for the child(ren) who will provide all medical care except when the medical practitioner makes a referral to a specialist or a medical emergency arises.

OPTIONS:

Each Parent will be solely responsible for all medical and school decisions for the children during their respective PARENTING Times.

or

[APPLICANT'S NAME] or [RESPONDENT'S NAME] will be solely responsible for all medical and school decisions.

(v) Religious upbringing

[APPLICANT'S NAME] or [RESPONDENT'S NAME] will be responsible for overseeing the children's religious education.

(vi) Child Support

[SPECIFY CHILD SUPPORT ARRANGEMENT(S) - SHARED CUSTODY CALCULATION V. PRIMARY RESIDENCE CALCULATION]

(vii) Special or Extraordinary Expenses

[SPECIFY CHILD SUPPORT ARRANGEMENT(S) RE: S.7 EXPENSES - SHARED CUSTODY CALCULATION V. PRIMARY RESIDENCE CALCULATION]

(viii) Clothing and setting up households

Each Parent will be solely responsible for providing all clothing and household furnishings for the children during their Parenting Time.

(ix) Mediation

When any dispute arises between the Parents, both Parents will attend mediation in an attempt to settle all disputes prior to returning to court.

(x) Geographical moves

Neither Parent will relocate their residence or make a geographical move without first notifying the other Parent in writing of an intended change of residence at least [# OF DAYS] before the change and shall specify in the notice the date on which the change will be made and the new place of residence.

JUSTICE OF THE COURT OF QUEEN'S

BENCH OF ALBERTA

ENTERED this day of

, 2002

CLERK OF THE COURT

Action No:

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH

OF ALBERTA

JUDICIAL DISTRICT OF EDMONTON

BETWEEN:

[APPLICANT'S NAME]

Applicant

- and -

[RESPONDENT'S NAME]

Respondent

PARALLEL PARENTING ORDER

ANNEXE 3

La coparentalité	La garde parallèle
Centrée sur l'enfant.	Centrée sur les adultes.
Les parents communiquent régulièrement.	Les parents communiquent en cas d'urgence.
Les parents peuvent communiquer de vive voix ou par téléphone.	Les parents utilisent les courriels, des tiers, un carnet de communication.
Les décisions importantes concernant les enfants sont discutées conjointement.	On informe l'autre parent des décisions importantes, sans qu'il n'y ait consultation.
Les parents travaillent conjointement lorsque des difficultés surgissent relativement au meilleur intérêt de l'enfant.	Les décisions sont prises par le parent chez qui réside l'enfant pour une période donnée.
Les parents travaillent ensemble au meilleur intérêt de l'enfant.	Les parents travaillent séparément au meilleur intérêt de l'enfant.
La transition de l'enfant peut ainsi s'effectuer en douceur d'un milieu à l'autre.	Le changement de milieu peut être plus abrupt pour l'enfant.
L'horaire de temps parental et le partage des responsabilités parentales sont plus flexibles, les parents faisant preuve de plus de souplesse.	Les parents ont besoin de l'aide d'un tiers ou d'une liste relative au partage des responsabilités parentales et du temps parental.
Les parents peuvent discuter entre eux de leur relation respective avec l'enfant.	Chaque parent est responsable de sa relation avec l'enfant.

